Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Dr. Julius Magnus**, Berlin, Rechtsanwalt **Dr. Heinrich Dittenberger**, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt **Dr. Dr. Max Hachenburg**, Mannheim.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13.
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6gespaltene Millimeterhöhe 21 Pf., für den Stellenmarkt 15 Pf., 1/1 Seite M. 300.—, 1/2 Seite M. 155.—, 1/4 Seite M. 80.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Zifferanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postscheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikischplatz 3, Zahlungen auf Postscheckkonto Leipzig 10102 zu richten.
Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Die Auseinandersetzung zwischen Verpächter und Kreditinstitut nach dem Pächterkreditgesetz.

Von Oberregierungsrat Dr. F. Lippmann, Berlin.

Das Ges. betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter v. 9. Juli 1926 (RGBl. I, 399) (PachtKredG.) räumt den vom Kreditausschuß zugelassenen Kreditinstituten ein besitzloses Pfandrecht am Wirtschaftsinventar des Pächters ein. Dieses Pfandrecht steht im Range dem gesetzlichen Pfandrecht des Verpächters gleich. In der Abgrenzung dieser beiden Pfandrechte und in den Fragen der Auseinandersetzung zwischen beiden Realberechtigten lag eine der Hauptschwierigkeiten für die gesetzliche Regelung. Das Vorhandensein eines vollständigen und brauchbaren Wirtschaftsinventars bildet die notwendige Voraussetzung für den ordnungsmäßigen Gang des Betriebes. Für den Verpächter liegt die Bedeutung des Pachtinventars nicht allein in dem Moment der Sicherheit für seine Pachtforderungen. Wesentlich höher als die Einbuße an Pachtzins stellen sich in der Regel die Verluste dar, die dem Verpächter durch notwendige Aufwendungen erwachsen, wenn ihm beim Zusammenbruch des Pächters ein devastiertes Grundstück zurückgelassen wird. Seine Besorgnis ist daher darauf gerichtet, daß dem Pächter nicht durch unzeitgemäße Eingriffe in das Inventar und die Wirtschaftsvorräte die ordnungsmäßige Fortführung der Wirtschaft erschwert oder gar unmöglich gemacht wird. Auch in dieser Richtung hat das weitgehende Pfandrecht des landwirtschaftlichen Verpächters seine Bedeutung. Zutreffend hat Kiesow[1]) darauf hingewiesen, daß dieses Pfandrecht auch dem Pächter im wesentlichen Maße zugute kommt. Nach § 805 ZPO. muß jeder Gläubiger des Pächters, der auf das Inventar und die Wirtschaftsvorräte greift, damit rechnen, daß der Verpächter den Versteigerungserlös auf Grund seines Pfandrechtes in Anspruch nimmt, so daß im Endergebnis seine Vollstreckung nicht zum Ziele führt. Dieser Schutz des Pächters bedeutet gleichzeitig einen Schutz des Betriebes, an dem der Verpächter als Eigentümer des Grundstücks ein ebenso großes Interesse hat wie sein Pächter als Inhaber des Betriebes.

In diesen Interessenkreis hat das PachtKredG. als Drittbeteiligten die Pächterkreditinstitute eingeschaltet. Das Inventarpfandrecht der Kreditinstitute steht im Range dem Verpächterpfandrecht gleich und reduziert dieses insoweit auf 50% des Inventarwertes. Es war daher folgerichtig, daß das Gesetz den Kreditinstituten im Hinblick auf ihre Vorzugsstellung Bindungen auferlegte, die sie organisch mit den Interessen der anderen Beteiligten an der Aufrechterhaltung des Betriebes verknüpfen. Nicht jeder Geldgeber des landwirtschaftlichen Pächters erlangt das Inventarpfandrecht mit seinen besonderen Vorteilen, sondern nur die vom Pachtkreditausschuß zugelassenen Institute. Als Voraussetzung für die Zulassung muß nach § 20 Abs. 4 PachtKredG. der Nachweis erbracht werden, daß das Institut die Gewähr bietet für eine auf Steigerung der landwirtschaftlichen Erzeugung gerichtete Geschäftsführung sowie für die Ausübung einer etwa erforderlich werdenden Wirtschaftsberatung. Beabsichtigt das Institut, an die Verwertung des Inventars heranzugehen, so hat es sich hierüber mit dem Verpächter zu verständigen, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung des Betriebes (§ 9 PachtKredG.). Den Schlußstein bildet der § 21 Abs. 2 PachtKredG. Danach kann der Pachtkreditausschuß dem Institut die Zulassung entziehen, wenn die Voraussetzungen für die Zulassung fortgefallen sind, d. h. wenn die Tätigkeit des Instituts sich in einer Richtung bewegt, die dem Sinne des PachtKredG. zuwiderläuft.

Der wirtschaftliche Aufbau des Gesetzes ist damit klar gezeichnet. Schwierigkeiten ergaben sich bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Einzelfragen. Wie schon bemerkt, stehen Verpächterpfandrecht und Inventarpfandrecht im Range gleich. Beide Pfandgläubiger sind an den gemeinsam belasteten Inventarwerten mit je 50% beteiligt. Im Gegensatz zum Immobiliarpfandrecht erfolgt hier die Befriedigung im wesentlichen durch eine Verwertung des Inventars selbst, also durch eine Verwertung der Substanz. Das Gesetz mußte daher Vorsorge treffen, daß nicht durch Maßnahmen des einen Pfandgläubigers der Inventarbestand zum Nachteil des anderen Realberechtigten zerbröckelt wurde. Deswegen bestimmt der § 11, daß bei einer Verwertung von Inventarstücken das Kreditinstitut dem Verpächter oder umgekehrt der Verpächter dem Kreditinstitut auf Verlangen die Hälfte des Erlöses zur Befriedigung oder zur Sicherstellung für seine pfandgesicherten Forderungen zu überlassen hat.

Beim Inkrafttreten des Gesetzes ist diese Bestimmung Gegenstand lebhafter Erörterungen geworden[2]). Es wurde darauf hingewiesen, daß diese Regelung zu einer schweren Be-

[1]) Pächterkreditgesetz (Vahlen 1926) S. 6.

[2]) Vgl. Kiesow S. 31; Wagemann, Pächterkreditgesetz S. 40; Stillschweig: JW. 1926, 2609.

nachteiligung für den Pächter führen könne. Da der betreibende Gläubiger mit der Möglichkeit rechnen müsse, daß er 50% des Erlöses an den anderen Teil abzuführen habe, sei er von vornherein gezwungen, jeweils Inventarstücke zum doppelten Werte seiner Forderung zur Veräußerung zu bringen. Deswegen wurden Bedenken vorgebracht, ob ein solches Verfahren sich überhaupt werde durchführen lassen. Nach §§ 803 Abs. 1, 818 ZPO. i. Verb. m. § 1230 Satz 2 BGB. dürfe der Gläubiger die Vollstreckung nicht weiter ausdehnen als zur Befriedigung seiner eigenen Forderungen einschließlich der Kosten der Zwangsvollstreckung. Mit dem Verbot der Überpfändung habe sich aber das PachtKredG. nicht beschäftigt. Insofern enthalte das Gesetz eine Lücke. Ohne eine Abänderung dieses Verbots sei die gesetzliche Regelung praktisch kaum durchführbar. Unklar sei auch, wie und an wen die Sicherstellung nach § 11 PachtKredG. zu erfolgen habe, wenn der andere Gläubiger keine fälligen Forderungen geltend machen könne.

Zweifellos enthält die gesetzliche Regelung eine Unvollkommenheit. Jedoch ist der Gang der Dinge in der Praxis ohne nennenswerte Schwierigkeiten hierüber hinweggekommen. Rückblickend kann man daher sagen, daß die Befürchtungen über die praktische Durchführung des Gesetzes sich nicht bestätigt haben. Man kann es in gewisser Hinsicht sogar als einen glücklichen Zufall bezeichnen, daß das PachtKredG., bewußt oder unbewußt, an dem Verbot der Überpfändung nichts geändert hat. Eine solche Änderung hätte allerdings zu schwerem Nachteil für den Pächter führen können. Er war damit der Gefahr ausgesetzt, daß der vollstreckende Gläubiger stärkere Eingriffe in das Inventar vornahm als zur Befriedigung seiner Forderungen notwendig. Das hätte wirtschaftlich zu unerfreulichen Ergebnissen geführt. Gerade das Verbot der Überpfändung zwingt den Gläubiger in seinem eigenen Interesse, bereits vor Beginn der Vollstreckung den Gedanken des Gesetzes zu verwirklichen, der im Interesse der Aufrechterhaltung des Betriebes im § 9 zum Ausdruck gekommen ist: Verpächter und Kreditinstitut sollen sich zur Vermeidung unwirtschaftlicher Vollstreckungen über die Art des Vorgehens miteinander verständigen. Handelt es sich nur um geringfügige Summen, die ohne Beeinträchtigung aus dem Betrieb entnommen werden können und auch die Sicherheit des anderen Teiles nicht berühren, so wird dieser von einer Beteiligung am Erlös Abstand nehmen. Anderenfalls muß die Verständigung dahin erfolgen, wegen welcher Beträge beide Teile gemeinsam vollstrecken wollen oder, wenn nur der eine Teil vorzugehen beabsichtigt, so wird die Vereinbarung dahin zu treffen sein, daß bei einer späteren Auseinandersetzung der 50%ige Anteil des anderen am Inventarerlös sich um den entsprechenden Betrag erhöhen soll.

Oft jedoch werden andere Wege eingeschlagen, die den Interessen des anderen Realberechtigten zuwiderlaufen können. Der § 11 PachtKredG. über die Verteilung des Erlöses bezieht sich lediglich auf den Fall der Zwangsvollstreckung in das Inventar. Dagegen findet er keine Anwendung, wenn der Pächter unter dem Druck einer in Aussicht gestellten Zwangsvollstreckung selbst erhebliche Verkäufe am Inventar vornehmen muß, um dieser zu entgehen. Wirtschaftlich betrachtet liegt dieser Fall auf der gleichen Linie, den der § 11 PachtKredG. im Auge hat. Das Inventar wird verringert und dadurch das Sicherheitsvolumen des anderen Realgläubigers beeinträchtigt. Dagegen ist die Rechtslage eine andere. Verpächterpfandrecht und Inventarpfandrecht hindern den Pächter nicht, von sich aus über Inventarstücke und Wirtschaftsvorräte zu verfügen. Befriedigt er aus den Verkäufen einen der beiden Realgläubiger aus eigenem Entschluß, so steht dem anderen eine Beteiligung am Erlöse nicht zu. Soweit diese Verkäufe sich im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bewegen, kann der Realberechtigte den Pächter hieran nicht hindern. Anders liegt die Sache aber, wenn z. B. der Pächter gezwungen wird, zur Abdeckung des Kredits einen so großen Teil der Ernte zu verkaufen, daß nicht mehr genügend Vorräte zur Fortführung der Wirtschaft bis zur neuen Ernte vorhanden sind. Durch derartige Verkäufe verletzt der Pächter seine vertragliche Verpflichtung, ordnungsmäßig zu wirtschaften. Auch kann der Verpächter nach § 560 Satz 2 BGB. Widerspruch erheben. Aber auch das Kreditinstitut würde durch ein derartiges Vorgehen gegenüber dem Pächter den Grundsatz verletzen, der die Vorbedingung für seine Zulassung bildet, nämlich die Verpflichtung, gemeinsam mit dem Verpächter für die Aufrechterhaltung des Pachtbetriebes Sorge zu tragen. In erster Linie käme wohl hier eine Beschwerde an den Pachtkreditausschuß in Frage. Es kommt aber auch Klage auf Unterlassung in Betracht.

Dem Bestreben auf Erhaltung des Pachtbetriebes sind aber seine Grenzen gesetzt. Ist der Betrieb überschuldet und zeigt die abgleitende Kurve, daß der Pächter auf die Dauer nicht mehr zu halten ist, so wird der Zeitpunkt heranrücken, wo die Gesamtliquidation sich als unvermeidlich erweist. Gerade hier wird das Zusammengehen von Verpächter und Kreditinstitut zur besonderen Notwendigkeit, und zwar im Interesse aller Beteiligten. Nur eine sorgfältig in die Wege geleitete Liquidation kann vor unnötigen Verlusten schützen. Insbes. ist die Verständigung über den Zeitpunkt der Liquidation geboten. Es ist durchaus zu verstehen, daß in solchen Augenblicken das Kreditinstitut zur Vermeidung weiterer Verluste eine möglichst baldige Verwertung des Inventars herbeigeführt sehen will. Nur darf das Kreditinstitut hierbei nicht außer acht lassen, daß nicht bloß sein Risiko in Frage steht, sondern auch das des Verpächters, und daß eine Lösung gefunden werden muß, die den Interessen beider Teile nach Möglichkeit Rechnung trägt.

Am einfachsten wird die Lösung dann sein, wenn zur rechten Zeit ein geeigneter Pachtzessionar zur Verfügung steht, dem das Kreditinstitut, soweit erforderlich, den Kredit ganz oder teilweise beläßt. Zweifellos ist dieser Weg der kürzeste und gangbarste. Auch wird kein vernünftiger Verpächter die zur Abtretung erforderliche Genehmigung versagen. Er wird im Gegenteil sehr zufrieden sein, wenn er in der gegenwärtigen Zeit an Stelle des überschuldeten Pächters einen kapitalkräftigen Pachtnachfolger bekommt. Ist ein solcher aber nicht vorhanden, so wird der Verpächter vor die Frage gestellt, ob er die Versteigerung des Inventars durch das Kreditinstitut zulassen soll oder ob er widersprechen kann oder über ein Stillhalteabkommen verhandeln soll.

Das PachtKredG. verweist auf den Weg der Verständigung über die Art des Vorgehens. Diese soll zwischen den beiden Realberechtigten nach § 9 PachtKredG. unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung des Betriebes erfolgen. Manche Kreditinstitute legen diese Bestimmung zu eng aus. Sie teilen dem Verpächter mit, daß sie eine baldige Verwertung des Inventars beabsichtigen und fragen an, ob der Verpächter mit einer Versteigerung oder einer freihändigen Veräußerung des Inventars einverstanden sei, oder ob er sich entschließen könne, den Kredit des Instituts abzulösen. Solche Mitteilungen befassen sich lediglich mit der Frage, in welcher Weise die technische Verwertung des Inventars vor sich gehen soll. Der § 9 PachtKredG. geht aber weiter. Es soll nicht nur über die technischen Modalitäten der Inventarverwertung eine Verständigung erfolgen, sondern über die Art des Vorgehens überhaupt. Hierbei steht aber die Frage im Mittelpunkt, in welchem Zeitpunkt die Verwertung des Inventars ohne Schaden für den Betrieb möglich ist. Das Gesetz will vermeiden, daß das Inventar zur Unzeit herausgezogen wird. Sonst würde die Hervorhebung, daß die Verständigung unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung des Betriebes erfolgen solle, nicht verständlich sein.

Wie ist nun die Rechtslage, wenn eine Verständigung nicht zustande kommt? Kann dann das Pächterkreditinstitut ohne Rücksicht auf die Interessen des Verpächters das Inventar aus der Wirtschaft ziehen? Diese Frage könnte man nur dann bejahen, wenn man der Ansicht wäre, der § 9 enthalte nur einen bedeutungslosen Programmpunkt. Daß das nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, bedarf bei der starken Betonung der wirtschaftlichen Ziele des PachtKredG. keiner weiteren Ausführung. Allerdings enthält der § 9 keine Mußvorschrift. Die Bestimmung sagt nur, daß die Parteien sich verständigen sollen. Daraus folgt aber nicht, daß die Beachtung dieser Vorschrift in das freie Belieben jedes der Beteiligten gestellt ist. Wie hätte sich denn das Gesetz anders und besser ausdrücken können? Hätte es gesagt, die Beteiligten müssen sich über die Art ihres Vorgehens ver-

ständigen, so wäre eine solche Fassung sinnwidrig gewesen. Zur Verständigung gehört die gütliche Einigung, die nur im Wege beiderseitigen Nachgebens und nicht durch Mußbestimmungen erreicht werden kann. Beide Teile müssen also mitwirken, um zum Ziele der Einigung zu gelangen.

Scheitert der Einigungsversuch, so kann die Frage von Bedeutung werden, durch wessen Schuld die Verständigung nicht zustande gekommen ist, vorausgesetzt daß eine solche im Bereich der Möglichkeit lag. Für die Rechtserheblichkeit dieser Frage kommt es darauf an, ob der § 9 PachtKredG. als ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen ist. Nach RG. 73, 32 folgt die Entsch. aus dem betr. Gesetz selbst, aus seinem Inhalt, insbes. auch aus den Verhältnissen, die es regeln will, und den Zielen, die es verfolgt. Es kommt darauf an, ob der Gesetzgeber mit der Rechtsnorm den Schutz von Einzelpersonen oder eines Personenkreises gewollt und beabsichtigt hat (RG. 128, 300). Geht man davon aus, daß der § 9 PachtKredG. die beiden Realberechtigten vor unwirtschaftlichen Vollstreckungen und gegenseitigem Schaden sichern will, so wird man den Schutzcharakter i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. bejahen können. Damit wird die Frage rechtserheblich, durch wessen Verschulden eine an sich mögliche Verständigung gescheitert ist.

Ein solches Verschulden kann z. B. auf seiten des Verpächters liegen, wenn dieser bei einem überschuldeten Betriebe die Genehmigung zu einer Pachtzession ablehnt, obgleich gegen den Zessionar sachliche Bedenken nicht vorliegen, oder wenn der Verpächter der Versteigerung widerspricht, obgleich der Pächter das Inventar planmäßig von Tag zu Tag verringert. Ähnlich können die Dinge liegen, wenn die Sequestration einer Pachtung über das gebotene Maß hinaus ausgedehnt wird. Auch in diesem Falle können durch das Anwachsen der Sequestrationskosten die Interessen des Kreditinstituts in Mitleidenschaft gezogen werden. Umgekehrt würde das Verschulden auf seiten des Kreditinstituts zu finden sein, wenn der Verpächter das Erforderliche zur Herbeiführung der Gesamtliquidation getan hat, das Kreditinstitut jedoch auf einer vorzeitigen Herausziehung des Inventars besteht und dieses Verlangen sich als unbillige Härte darstellt.

Die Verwertung des Inventars erfolgt nach den Vorschriften des BGB. über den Pfandverkauf (§ 10 PachtKredGes.). Jedoch bedarf das Kreditinstitut zu einer Verwertung, die nicht im Wege der öffentlichen Versteigerung geschieht, der Genehmigung des Verpächters (§ 11 Abs. 1 Satz 2). Hat der Verpächter beim Pachtablauf das Inventar nach Obmannstaxe zu übernehmen, so ist dieser Ankauf nicht ohne weiteres als eine Pfandverwertung i. S. des PachtKredG. anzusehen. Der durch die Obmannstaxe festgestellte Wert des Inventars ist der Ankaufspreis, den der Verpächter nach dem Pachtvertrage dem Pächter zu zahlen hat. Der Verpächter erwirbt das Inventar, belastet mit dem Pfandrecht des Kreditinstituts. Für seine Auseinandersetzung mit dem Kreditinstitut kommt der Erlös zur Verteilung, der durch eine Pfandverwertung erzielt wird. Deswegen bedarf es einer besonderen Vereinbarung, wenn der Ankauf des Inventars nach Obmannstaxe als Pfandverwertung i. S. des PachtKredG. gelten soll. Solche Vereinbarungen sind zweifellos dann von Vorteil, wenn zu erwarten steht, daß durch eine Versteigerung des Inventars der Wirtschaftsbetrieb in Mitleidenschaft gezogen wird.

Vielfach lassen sich die Kreditinstitute als Sicherheit für ihren Kredit außer der Inventarverpfändung noch Zusatzsicherheiten geben. Das ist bei den gesunkenen Inventarwerten erklärlich. Schwierigkeiten entstehen aber, wenn der Pächter auch seinen Anspruch aus der Feuerversicherung für das Inventar verpfändet oder abgetreten hat. Die Versicherungssumme dient zur Wiederherstellung des Inventars. Für den Bereich des Verpächterpfandrechts fehlen aber Vorschriften, wie sie die §§ 1127, 1128 BGB. zum Schutz des Hypothekengläubigers vorsehen. Es fehlt also der Verwendungszwang. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, daß der Gläubiger die Versicherungssumme einzieht, ohne sie ihrer Bestimmung entsprechend zur Wiederherstellung des Inventars bereitzustellen. Allerdings wäre zu prüfen, inwieweit hier die Bestimmungen des PachtKredG. über die Geschäftsführung der Kreditinstitute auf die Rechtslage von Einfluß sein können. Nach § 20 Abs. 4 PachtKredG. sollen die Einrichtungen des Kreditinstituts für eine Steigerung der landwirtschaftlichen Erzeugung Gewähr bieten. Damit würde in Widerspruch stehen, wenn die Versicherungssumme nicht zum Ankauf von wirtschaftsnotwendigem Inventar Verwendung findet.

Jagdrecht.

Zur Frage der Ermäßigung von Pachtzinsen bei Jagdpachten.

KG. v. 19. Dez. 1931, 17 Y 52/31: PrJMBl. 1932, 13 hat zur Frage der Ermäßigung des Pachtzinses bei laufenden Pachtverträgen einen Rechtsentscheid von grundlegender Bedeutung erlassen. Die Veranlassung zur Einholung des Rechtsentscheids gaben dem LG. Münster die zahlreichen bei den PEA. anhängigen Anträge, mit denen infolge der verschlechterten wirtschaftlichen Verhältnisse eine Herabsetzung des vereinbarten Pachtzinses erreicht werden sollte. Diese Anträge betrafen vorwiegend Jagdpachten, die sich ihrer Natur nach auf längere Jahre erstreckten. Die bisherige Scheinblüte der vergangenen Jahre hatte sich auch auf die Jagdverhältnisse ausgewirkt und zum Teil zu einer übermäßigen Steigerung der Jagdpachten geführt. Als nun im Jahre 1931 der völlige Zusammenbruch der deutschen Wirtschaft erfolgte, waren viele Pächter nicht mehr in der Lage, die bisherigen Pachtpreise weiter zu zahlen. Die Rechtsgrundlage für die Herabsetzungsanträge gab die PrPachtschO. in der Fassung v. 19. Sept. 1927, welche in § 2 einen Pachtausgleich zuließ, d. h. die Wiederherstellung des durch die veränderten allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse gestörten Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung.

Bezüglich der Frage, inwieweit die Bestimmungen der PachtschO. auf Jagdpachtverträge anzuwenden, lag bereits ein Rechtsentscheid des KG. v. 20. Febr. 1928, 17 Y 5/28: JFG. ErgHeft 7, 128 ff. vor. Dieser Rechtsentscheid, welcher ebenfalls vom LG. Münster eingeholt war, lehnte die frühere Auffassung des KG. in einem Rechtsentscheid v. 9. Juli 1926, 17 Y 50/26: JW. 1926, 2639, daß bei Jagdpachtverträgen, die nach der Festigung der deutschen Währung abgeschlossen, eine inzwischen eingetretene Veränderung des Geldwertes für sich allein die Ermäßigung des Pachtzinses nicht rechtfertigen kann, ab. Er stellte fest, daß seit der Festigung der deutschen Währung eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse eingetreten sei, die auch bei Jagdpachtverträgen eine Änderung des Pachtzinses rechtfertigen kann. Das KG. betrachtete in der Begründung des Rechtsentscheids die Täuschung der Erwartung eines schnellen Aufstiegs der deutschen Wirtschaft als eine allgemeine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Es ließ jedoch die Frage offen, wie lange eine solche irrige Annahme noch allgemein vorlag. In der Praxis der PEA. wurde allgemein angenommen, daß nur bei Pachtverträgen aus den ersten Jahren nach der Stabilisierung der Währung, also in den Jahren 1924—1926 die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtsentscheides gegeben seien. Die folgenden Jahre ließen bereits erkennen, daß mit einem schnellen Aufstieg der Wirtschaft nicht zu rechnen war. Deshalb wurde eine Änderung der Pachtzinsen bei Verträgen aus den folgenden Jahren abgelehnt. Als nun der allmähliche Abstieg der Wirtschaft Mitte des Jahres 1931 zu einem völligen Zusammenbruch führte, war von den PEA. die Frage zu entscheiden, ob die n e u e r l i c h e Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine Grundlage gibt, den Pachtzins bei Jagdpachtverträgen anderweitig festzusetzen. Da die Frage verschieden beantwortet wurde, suchte das LG. auf Grund des § 47 Abs. 1 Satz 2 PachtschO. einen Rechtsentscheid des KG. über diese Frage nach. Das KG. nahm in dem obigen Rechtsentscheid vom 19. Dez. 1931 zu dieser Frage Stellung. Im einzelnen muß hier auf die ausführliche Begründung des Rechtsentscheids verwiesen werden. Als Schlußfolgerung erklärt der Rechtsentscheid, daß eine Leistungsänderung nach § 2 PrPachtschO. unzulässig ist, solange der Einfluß der veränderten allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse auf das Wertverhältnis der Vertragsleistungen nicht über die Grenzen des Risikos hinausgeht, das nach der allgemeinen Auffassung zur Zeit der maßgebenden Vereinbarung mit dem Vertragsschluß verbunden war oder darüber hinaus vom Antragstellenden als bewußt übernommen worden ist.

Dieser Rechtsentscheid, der für die Praxis der PEA. bindend ist, ist zweifellos etwaigen Anträgen von Jagdpächtern auf Pachtzinsermäßigung nicht günstig. Er stellt strenge Anforderungen an einen solchen Antrag, zumal Jagdpachten nur selten die wirtschaftliche Existenz des Pächters bedeuten. Allgemein gilt jedoch, daß nach dem Rechtsentscheid auch Anträge auf Pachtzinsänderung zulässig sind

bei Pachtverträgen aus den letzten Jahren. Alsdann werden aber je nach der Zeit, in denen die Verträge geschlossen sind, die Anforderungen bezüglich der Risikoübernahme verschieden sein. Wer gepachtet hat zu einer Zeit, wo die schlechte Wirtschaftslage für jedermann erkennbar war, also im Jahre 1931, hat ein größeres Risiko auf sich genommen. Aber auch für denjenigen, welcher vor dem gänzlichen Zusammenbruch der Wirtschaft zu einem objektiv hohen Pachtzins gepachtet hat, entfällt ein Anspruch auf Minderung, wenn er aus besonderen Gründen einen hohen Pachtzins anlegen wollte, weil das betreffende Revier für ihn besonders wertvoll war, sei es, daß es seine Eigenjagd begrenzte oder daß er in dem Revier eine Jagdvilla hatte. Er wollte eben die Jagd unter Übernahme jedes Risikos haben. Kein Pächter kann, wie solches in der Praxis oft geschieht, seinen Anspruch lediglich darauf stützen, daß er geltend macht, in der letzten Zeit sei der Lebensindex um 20—30% gesunken, Löhne und Gehälter seien um diesen Prozentsatz gekürzt und die Jagden allgemein erheblich billiger geworden.

Neben diesen allgemeinen Voraussetzungen sind auch die persönlichen Verhältnisse beider Parteien zu berücksichtigen. Wer eine Jagd lediglich als Luxusjagd gepachtet hat, ist anders zu beurteilen, als ein Jäger des Mittelstandes, der die Jagd zu seiner Ausspannung und Erholung ausübt. Auch kommt der Ertrag der Jagd in Betracht, den sie bei einer weidgerechten Bejagung zu gewähren vermag. Ein weidgerechter Jäger kann zufrieden sein, wenn er an Wert ein Viertel der Pacht aus der Jagd erzielt. Bei einer Hochwildjagd spielt der Ertrag noch eine weniger entscheidende Rolle. Schließlich sind, um einen Maßstab dafür zu haben, welcher Preis nun angemessen ist, in Betracht zu ziehen die Preise, welche für Jagden ähnlicher Art in letzter Zeit erzielt sind. Erst die Berücksichtigung aller dieser Umstände zeigt, ob ein Antrag auf Herabsetzung des Pachtzinses der **Billigkeit** entspricht.

LGR. **Luigs**, Münster i. W.

Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers.

(Zu **Radloff**: JW. 1931, 3414 ff.)

Die Angriffe R.s gegen die herrsch. Lehre sind nicht begründet.

I. **Radloff** weist auf die „unnatürlichen und unangemessenen Konsequenzen“ hin, welche die herrsch. Lehre ziehen müsse. So könne an der Jagdbeute des Wilderers kein vollendeter Diebstahl begangen werden. Die Unangemessenheit dieser Folgerung ist nicht einzusehen. Befindet sich der Täter im irrigen Glauben, fremdes Eigentum zu verletzen, so wird er wegen Versuchs bestraft; weiß der Täter um die Herrenlosigkeit der Beute, so kommt unter Bezugnahme auf § 292 StGB. (den **Radloff** nicht nennt) Begünstigung oder Hehlerei in Frage. Die Strafmöglichkeiten genügen also durchaus.

Die Tatsache, daß der Aneignungsberechtigte (**Radloff** hätte hier von seinem Standpunkte aus Frucht**erwerbs**berechtigte schreiben müssen) wechselt, wenn der Wilderer die Beute von einem Jagdgebiet in das andere bringt, vermag ebenfalls nicht als unbillige Konsequenz der herrsch. Lehre zu erscheinen. Denn selbstverständlich hat der ursprünglich Aneignungsberechtigte einen Anspruch aus (sog. indirekter) Bereicherung. Gegen den Wilderer besteht ein Schadensersatzanspruch gem. § 823, da auch das Jagdrecht ein absolutes, also ein sonstiges Recht i. S. dieses Paragraphen ist.

Gerade diesen Schadensersatzanspruch, den die herrsch. Lehre mit Recht gibt, greift **Radloff** scharf an. Naturalrestitution sei unmöglich, weil eine solche nur darin bestehen könne, das erlegte Wild wieder lebend in das Jagdgebiet zu setzen. Hier vermischt der Verf. die grundlegenden Begriffe Restitution und Reparation. Was der Verf. Restitution nennt, ist in Wahrheit Reparation. Restitution i. S. § 249 BGB. heißt nicht unbedingt Herstellung eines Zustandes, der **früher bestanden hat**, vielmehr kann auch früher Nichtvorhandenes gefordert werden, wenn nur der Geschädigte es aller Wahrscheinlichkeit nach ohne die schädigende Handlung erlangt hätte (RG. 69, 306). § 249 zieht demnach die wahrscheinliche Entwicklung der Dinge in Betracht. Bei Wild also, welches nicht Wechselwild ist, gelangt man ungezwungen zu einer Herausgabepflicht des Wilderers bez. seiner Beute. — Bei Wechselwild entfällt die Möglichkeit einer Naturalrestitution, es muß also Ersatz in Geld geleistet werden. Der Schaden, der im Verlust der Aneignungsmöglichkeit besteht, ist, wie Verf. richtig bemerkt, schwer abschätzbar. **Das** aber ist gewiß kein Grund, den Jagdberechtigten Eigentum an der Beute des Wilderers gewinnen zu lassen und von einer unangemessenen Konsequenz der herrsch. Lehre zu sprechen. Im Gegenteil: der Jagdberechtigte würde, um dem allg. Argument des Verf. mit einem ebenso allg. zu begegnen, besser gestellt, als wir für recht empfinden. Eingebüßt hat er die Chance, ersetzt bekäme er volles Eigentum.

Was die Heranziehung der Protokolle anlangt, so genügt der Hinweis, daß sich dort gerade im Punkte des Eigentumserwerbs an der Beute des Wilderers der Einfluß des Instituts der sog. notwendigen Stellvertretung aus dem ALR. noch stark bemerkbar macht.

II. Eine „entsprechende“ Anwendung der Vorschr. über den Fruchterwerb auf den Erwerb von Eigentum an der Beute des Wilderers unterliegt Bedenken. An keiner Stelle behandelt das BGB. den Erwerb von Rechtsfrüchten. Für ihn gelten die allg. Vorschr. über Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Aus dem großen Kreis der Rechtsfrüchte bez. des Eigentumserwerbs an ihnen die Früchte des Jagdrechts herauszugreifen, erscheint nicht angängig.

Als allg. Vorschr. über Eigentumserwerb kommen in unserm Falle die über Aneignung in Frage. § 958 Abs. 2 verbietet, da nur die allg. Vorschr. zur Anwendung kommen, bei Verletzung des Jagdrechts **jeglichen** Eigentumserwerb. Das Gesetz selber bringt, und das ist entscheidend, die Sondervorschr. über Wild unter dem Titel „Aneignung“. Wie bei allen herrenlosen Sachen, so vollzieht sich auch Eigentumserwerb am Wild nur durch Aneignung.

Zum Schluß sei darauf hingewiesen, daß § 960 BGB., den **Radloff** zur Bestätigung seiner Auffassung heranzieht, nicht beweist, ja, nicht einmal in den Zusammenhang gehört. Die Herrenlosigkeit wilder Tiere besteht nach § 960 so lange, wie sich die Tiere in Freiheit befinden. Der Gegensatz zur Freiheit ist Gefangenschaft. Das gefangene wilde Tier steht in Eigentum. Nur das will § 960 sagen. Ein erlegtes, totes Tier fällt überhaupt nicht unter § 960, der selbstverständlich nur lebende Tiere, einmal in Freiheit, dann in Gefangenschaft im Auge hat. Über Eigentumsverhältnisse am Kadaver sagt § 960 nichts, hier greifen vielmehr die allg. Regeln ein.

GerRef. **Baldur Graf v. Pestalozza**, Berlin.

Schrifttum.

Landwirtschaftsrecht. Sammlung der reichsrechtlichen Vorschriften über die Landwirtschaft und den Verkehr mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen. Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis von Dr. **Otto Woerner**, Ministerialrat, Vorstand der Bayer. Landeskulturrentenanstalt. München 1932. C. H. Becksche Verlagsbuchh. XVI, 664 Seiten kl. 8°. Preis Leinenband 9,50 ℳ.

Das Buch gibt sämtliche reichsrechtl. Rechtsquellen des Landwirtschaftsrechts und seiner Nebengebiete. Es werden auch die auf die Landwirtschaft bezüglichen Sondervorschr. der allgemeinen Ges. mit abgedruckt. Auch der Verkehr mit den landwirtschaftl. Erzeugnissen und die Besteuerung der Landwirtschaft ist berücksichtigt. Dem Werk sind Ergänzungen für die einzelnen Länderrechte zu wünschen.

D. S.

Dr. **Martin Jonas**, Ministerialrat im Reichsjustizministerium: **Das Pfandrecht an den landwirtschaftlichen Früchten** nach der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung der Frühjahrsdüngung und Saatgutversorgung vom 23. Januar 1932. Berlin 1932. Franz Vahlen. Preis 1,50 ℳ.

Die im Rahmen der Notgesetzgebung erlassene VO. ist eines der Hilfsmittel, um der Landwirtschaft über die jetzige schwere Lage hinwegzuhelfen. Ob sie in der Praxis eine große Bedeutung erlangen wird, muß dahinstehen; demjenigen, der sich mit ihr zu befassen hat, bietet das neue Rechtsinstitut jedenfalls eine Reihe von Schwierigkeiten, zu deren Bewältigung ihm ein guter Führer unentbehrlich ist. Der Verf., der offenbar als Sachbearbeiter der VO. zeichnet, ist deshalb im Mangel von Motiven besonders berufen, die sich aus ihr ergebende Rechtslage zu beleuchten. Er hat seine Aufgabe in dem vorl. Hefte hervorragend gelöst. Die eingehenden klaren Ausführungen sind geeignet, auch den Laien mit dem Inhalt der VO. vertraut zu machen, ohne daß ihnen damit ihre wissenschaftliche Bedeutung genommen wird. Das möchte im Hinblick auf die vielfach nicht einfache Rechtslage ausdrücklich hervorgehoben werden. Besonders beachtlich erscheinen mir die Darlegungen über den Umfang des Pfandrechts (S. 9 f.), über die Befriedigung (S. 20 f.) und über das Verhältnis zu anderen dinglichen Rechten (S. 23 f.). Über einzelne Fragen kann man selbstverständlich anderer Ansicht sein. So, ob nicht entsprechend dem Wortlaut des § 1 auch die **Beschaffung** der Düngemittel usw. **nach** dem 1. Jan. 1932 liegen muß; ob (S. 35) die Rückschaffungsklage eine „gerichtliche Geltendmachung“ — doch wohl mit dem Ziele der Befriedigung — i. S. des § 4 darstellt, wie denn auch eine Klage auf Feststellung des Bestehens des Pfandrechts nicht genügen dürfte.

SenPräs. **Hans Müller**, Dresden.

Dr. Ernst Leffmann, Rechtsanwalt, und **Nikolaus Pennemann**, Gerichtsreferendar: **Milchgesetz**. Handkommentar mit Einleitung und eingehenden Erläuterungen unter Verarbeitung der preußischen und bayrischen Ausführungsbestimmungen nebst ergänzendem Anhang. München 1932. C. H. Beck'sche Verlagsbuchh. 8°, XI und 383 Seiten. Preis in Leinen geb. 11,50 *M*.

W. Nathusius, Ministerialrat im Reichsfinanzministerium z. D., und **H. Nelson**, Oberregierungsrat im Reichsministerium für Ernährung und Landwirtschaft: **Milchgesetz** nebst Ausführungsbestimmungen. Unter Beifügung der wichtigsten hiermit in Zusammenhang stehenden Gesetze und Verordnungen. Erläutert unter Mitwirkung von Dr. jur. E. Bose, Ministerialdirigent im Reichsministerium für Ernährung und Landwirtschaft, und Dr. phil. Dr.-Ing. e. h. A. Juckenack, Präsident der Preuß. Landesanstalt für Lebensmittelchemie i. R. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 8°, VIII und 489 Seiten. Preis in Leinen geb. 14,— *M*.

Das MilchG. bietet für die Erläuterung Schwierigkeiten verschiedener Art. Zunächst erfordert es die nähere Kenntnis von Fragen auf den Gebieten der Humanmedizin, der Veterinärmedizin und der Chemie, weil ohne diese Kenntnisse zahlreiche Vorschriften in ihrer vollen Auswirkung nicht verständlich sind. Sodann greift das MilchG. in eine große Zahl anderer Rechtsgebiete ein, wobei es nicht immer einfach ist, das Verhältnis hierzu richtig zu ermitteln. Ich nenne nur das LebMittG. und die sonstigen Vorschriften über den Verkehr mit Lebensmitteln, das ViehSeuchG. mit seinen Vollzugsbestimmungen, die Vorschriften auf dem Gebiete der Gesundheitspolizei, das UnlWG. und das WbzG., das GaststättG. usw. Aber auch abgesehen von diesen verwaltungsrechtlichen Beziehungen ist das Verhältnis zum bürgerlichen Recht zu berücksichtigen, wo sich insbes. auf dem Gebiete des Kaufs wichtige Fragen, z. B. die Rechtsfolgen mangelhafter Lieferung, die Schadensersatzpflicht bei Gesundheitsschädigungen durch verdorbene Milch und Milcherzeugnisse ergeben. Und schließlich darf auch die strafrechtliche Seite nicht übersehen werden.

Beide Ausgaben nehmen zu diesen Problemen Stellung. Und doch unterscheiden sie sich nicht unwesentlich. Leffmann-Pennemann betonen stärker die bürgerlich-rechtliche, Nathusius-Nelson die verwaltungsrechtliche Seite. Erstere bringen umfangreichere Erläuterungen zum Gesetze selbst, während letztere neben kürzeren Erläuterungen noch den Wortlaut der Gesetzesbegründung wiedergeben. Die technischen und wirtschaftlichen Fragen behandeln beide Ausgaben in ausreichendem Maß. Hinsichtlich der Erläuterungen des Gesetzes möchte ich der Ausgabe von Leffmann-Pennemann den Vorzug geben; wenigstens bietet sie dem Juristen mehr als die andere Ausgabe. Letztere dagegen hat den Vorzug, daß sie auch die reichsrechtlichen Ausführungsbestimmungen erläutert und einen sehr umfangreichen Abschnitt mit Vorschriften aus Grenzgebieten enthält, während sich Leffmann-Pennemann auf die wichtigsten Vorschriften aus diesen Grenzgebieten beschränken. Beide Ausgaben bringen noch die preußischen und die bayerischen Vollzugsvorschriften im Wortlaut.

MinR. Dr. Otto Woerner, München.

Dr. Herbert Michaelsen, Rechtsanwalt in Greifswald: **Das Pächterkreditgesetz vom 1. Juli 1926.** Eine Gesamtdarstellung für die Praxis. Mannheim 1931. J. Bensheimer. 46 Seiten. Preis 2,50 *M*.

Der Verf. hat es verstanden, eine für die Kreise der Pächter und Verpächter empfehlenswerte Aufklärungsschrift zu dem, wie er mit Recht im Vorwort betont, an Zweifelsfragen reichen PächterkreditG. zu geben. Auch der Anwalt findet viele Anregungen, und vor allem werden ihm die Grundlagen des Ges. deutlich vor Augen geführt. Wer wissenschaftl. Einzelfragen nachprüfen will, wird zu den bei allen Streitfragen angef. Komm. von Wagemann, Kiesow, Stillschweig, die älteren Datums sind, und zu der neueren Arbeit von Saalfrank, die sich im wesentlichen auf das Inventarpfandrecht beschränkt, greifen.

Es würde angesichts des Zweckes des Buches, die beteiligten Pachtkreise zu unterrichten, verfehlt sein, sich mit ihm juristisch kritisch auseinanderzusetzen. Nur eine Frage sei gestreift. Der Pachtkreditausschuß soll eine öffentl. Reichsbehörde sein, „weil er gegenüber den privaten Kreditinstituten kraft Ges., nicht kraft Vereinbarung im Verhältnis der überordnung steht (S. 8, wobei sich Michaelsen auf Saalfrank S. 39 beruft). — Wäre diese Definition zutreffend, so bildeten z. B. die Liquidatoren einer Gesellschaft auch eine Reichsbehörde; denn auch sie stehen gegenüber dem ihnen zur Liquidierung übertragenen Unternehmen kraft eines RGes. nicht kraft privater Vereinbarung im Verhältnis der überordnung! —

Der Pachtkreditausschuß übt, wenn auch in beschränktem Umfange, öffentl.-rechtl. Funktionen aus. Er entscheidet, ohne daß eine richterl. Nachprüfung zugelassen ist (Kiesow S. 12) über die Zulassung von Kreditinstituten. Die Konzessionierung der Pachtkreditunternehmungen, welche Darlehen zur Verfügung stellen, also Befugnisse polizeil. Charakters, sind dem Pachtkreditausschuß übertragen. Mit der Konzessionierung hat der Pachtkreditausschuß auch eine überwachungspflicht; er darf nach § 21 Einsicht in die Geschäftsführung der konzessionierten Banken nehmen. Der Pachtkreditausschuß ist, wie das KG. (Urt. v. 9. Juni 1921: KGJ. 53, 203) den Begriff der öffentl. Behörde für den Vorstand der ostpr. Landschaft gefaßt hat, „eine Anstalt des öffentl. Rechtes". Als Organ der Staatsgewalt ist auf ihn die staatl. Aufsichtspflicht, da Mittel des Reiches und der Länder mit zu verwalten sind, für ein bestimmtes Interessengebiet übertragen, „und er wird für die Zwecke des Staates (Sicherung der der Volksernährung dienenden Betriebe durch Bereitstellung öffentl. Gelder) unter öffentl. Autorität nach eigenem Ermessen tätig" (KGJ. 11, 136 ff.; 26, A 85 ff.). Im Ergebnisse übereinstimmung mit dem Verf.; nur seine Begr. ist unhaltbar.

RA. Ernst Böttger, Berlin.

Dr. Robert von Landmanns Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 8. Auflage herausgegeben von Dr. **Gustav Rohmer**, Regierungspräsident. Zweiter Band, 2. Teil: Gewerbeordnung Titel VII—X, Arbeitszeitverordnungen, Anhang. München 1931. C. H. Beck'sche Verlagsbuchh. XVI und 971 Seiten. Preis geb. 36 *M*.

Mit der Herausgabe des vorl. Bandes hat der Verf. den bei der Besprechung des vorausgegangenen 1. Teiles des 2. Bandes (bespr. JW. 1930, 405) geäußerten Wunsch, das Gesamtwerk recht bald abzuschließen, in erfreulicher Weise rasch erfüllt. Das Hauptstück der noch ausstehenden Teile der GewO. bildet naturgemäß ihr Titel VII (gewerbliche Arbeiter, Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter). Er hat seit der letzten Auflage keine wesentl. Änderungen erfahren, wurde aber selbstverständlich in jeder Beziehung auf den neuesten Stand gebracht. Letzteres gilt auch von den übrigen Titeln (VIII—X). Dagegen ist die bedeutsame und äußerst aktuelle Regelung des Achtstundentages (ArbZVO.) nicht mehr in einem eigenen ErgBd., sondern im Anh. I zusammengefaßt. Hier finden sich u. a. auch das Ges. über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft, das Ges. über den Ladenschluß am 24. Dez. sowie die auf die Einschränkung der Arbeitszeit bezügl. Teile der VO. des RPräs. v. 5. Juni 1931. Der Anh. II enthält (10) Nebenges. zur GewO. und verwandte VO., der Anh. III (35) VO., die auf Grund der GewO. ergangen sind. Noch vor den Schlußteilen — Angabe der benützten Literatur und Sachverzeichnis — sind Nachträge zu Bd. I u. II abgedruckt (z. B. Tl. 7 Kap. VI, VIII, IX der VO. des RPräs. v. 5. Juni 1931, das Ges. über die Entschädigung der gewerbsmäßigen Stellenvermittler v. 25. März 1931 sowie die DurchfBest. zur Einschränkung der Arbeitszeit v. 30. Sept. 1931). Auch in dem 2. Teil des 2. Bandes ist die umfangreiche, wichtige Rspr. des RArbG. sowie das in sonstigen Entsch. und im Schrifttum angefallene reiche Material überall berücksichtigt.

Zusammenfassend darf von dem nunmehr geschlossen vorl. Gesamtwerk gesagt werden: der Komm. zur GewO. von Landmann-Rohmer ist „der" Komm. des Gewerberechts. Wer auf diesem Gebiet zu arbeiten hat, wird stets danach greifen und in ihm zuverlässige, erschöpfende Auskunft finden. Der jahrzehntealte gute Ruf des Werkes macht jede weitere besondere Empfehlung überflüssig.

SenPräs. Dr. Arendts, Berlin-Wilmersdorf.

Rohmer: Gaststättengesetz — besprochen JW. 1931, 850 — erhielt einen Nachtrag, in dem die Bayerischen Vollzugsvorschriften enthalten sind. München 1931. C. H. Beck'sche Verlagsbuchh. 24 Seiten.

Eugen Frey, Oberregierungsrat: **Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930** — besprochen JW. 1931, 850 — erhielt bereits zwei Nachträge. Der eine brachte die Ausführungsbestimmungen von Baden, der andere, der den Stand v. 15. Nov. 1931 darstellt, hauptsächlich die einschlägigen Bestimmungen des Milchgesetzes der Dritten NotVO. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 und landesrechtliche Bestimmungen, insbesondere die Bayerischen Vollzugsbestimmungen vom 28. April 1930. München 1931. C. H. Beck'sche Verlagsbuchh.

Dr. jur. Walter Jessel: Die Wirkung der Eintragung einer Zwangshypothek auf einem dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörigen Grundstück. Erlangen 1932. Höcher u. Limmert. 44 Seiten.

Der Verf. kommt bezüglich des im Titel genannten Problems zu folgenden Ergebnissen: Die Vollstreckung hat zugunsten des Gläubigers keinerlei Wirkung, dieser behält seine Rechte aus dem Titel gegen den wirklichen Schuldner. Trotz gültiger Pfändung entsteht kein materielles Pfandrecht (auch nicht durch Konvaleszenz). Auch gegenüber dem Grundstückseigentümer (der nicht Vollstreckungsschuldner ist) hat die Vollstreckung keine Wirkung: das als Zwangshypothek nicht entstandene Recht wird keine Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld. D. S.

Länder.

a) Preußen.

Max Hermann: Das Grundwasser nach dem in Preußen geltenden Recht und die dazu ergangene Rechtsprechung. (Nr. 30 der Mitteilungen des Deutschen Wasserwirtschafts- und Wasserkrafts-Verbandes E. V.) Verlag der Verbandsgeschäftsstelle Berlin-Halensee, Joachim-Friedrich-Straße 50. Preis 2 ℳ.

Den erhöhten Ansprüchen an gutes Trink- und Nutzwasser entsprechend hat das unterirdische Wasser in der menschlichen Gemeinschaft und ihrer wirtschaftlichen Betätigung eine steigende Bedeutung gewonnen. Naturgemäß mußte das dazu führen, daß auch die Gesetzgebung diesem Teile des Wasserrechts eine größere Rücksicht angedeihen ließ. So hat auch das preuß. WassG. v. 7. April 1913 mit der schrankenlosen Verfügungsfreiheit des Grundeigentümers über das in seinem Grundstück vorhandene unterirdische Wasser aufgeräumt und für die Entnahme solchen Wassers zum Gebrauch und Verbrauch Beschränkungen eingeführt. Von besonderer Bedeutung hierbei ist auch der dem preuß. WassG. eigentümliche Begriff der mittelbaren Ableitung von Wasser aus Wasserläufen, wonach bestimmte Fälle der Zutageförderung von Wasser aus dem Untergrund unter die wesentlich strengeren Bestimmungen des Gesetzes über die Benutzung von Wasserläufen fallen, in denen ein Zusammenhang des unterirdischen mit dem in Wasserläufen oberirdisch fließenden Wasser besteht. Die Frage der mittelbaren Ableitung ist besonders in Berlin und Umgegend besonders praktisch geworden, weil hier die gehäufte Entnahme von Wasser aus dem Untergrunde für kommunale und industrielle Zwecke i. Verb. m. der künstlichen Senkung des Grundwasserspiegels im baulichen Interesse den Wasserstand von Spree und Havel beeinflußt und Maßnahmen nahegelegt hat, um die nachteiligen Wirkungen auszugleichen. Das Bestreben, die Beteiligung der Wasserentnehmer an den Kosten solcher Maßnahmen zu sichern, hat hier dazu geführt, in allen Fällen, in denen es einer behördlichen Mitwirkung bedarf — und das ist besonders im Falle der mittelbaren Ableitung der Fall —, diese nur unter der sog. Aufspeicherungsklausel zuzulassen. Auch aus diesem Grunde hat die Darstellung der auf das unterirdische Wasser bezüglichen Rechtsnormen eine besondere praktische Bedeutung gewonnen. In der vorliegenden Abhandlung sind diese Rechtsnormen unter Berücksichtigung von Rechtslehre und Rspr. in gedrängter Form dargelegt. Die Darstellung bietet einen guten Überblick über die einschlägigen Vorschr. und über deren Auslegung, wie sie bisher in der Praxis beobachtet worden ist. Es behandelt im einzelnen zunächst die allgemeinen Rechtsbegriffe des Grundwassers und schließt daran auf Grund des preuß. WassG. die Darstellung der Rechte des Grundeigentümers, die Beschränkungen seines Benutzungsrechts — unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung gegenüber der mittelbaren Ableitung —, die polizeilichen Vorschr. über die Fortleitung des zutage geförderten Wassers, die Behandlung in Verleihung, Sicherstellung und Ausgleichung und schließlich die bergbaulichen Vorschr., die sich auf das unterirdische Wasser beziehen. Bei den Ausführungen über die mittelbare Ableitung hat der Verf. nur in beschränktem Maße auf Grundsätze der Rspr. bezug nehmen können, da dieses Gebiet in wesentlichen Punkten noch der juristischen Durchbildung und anerkannter Grundsätze ermangelt. Einzelheiten betreffend mag darauf hingewiesen sein, daß Rechte auf Zutageförderung unterirdischen Wassers nicht der Eintragung ins Wasserbuch bedürfen und daher die Ausführungen hierüber S. 29 sich nur auf die Fälle der mittelbaren Ableitung aus Wasserläufen beziehen können. S. 28 ist unrichtigerweise die Observanz als besonderer Titel bezeichnet, während es sich dabei um eine Rechtsnorm handelt. S. 22, 23 wäre es bei der Besprechung des § 200 Abs. 1 Ziff. 3 WassG. erwünscht gewesen, darauf hinzuweisen, daß eine Beeinträchtigung von Rechten an einem Wasserlaufe nur dann zu Ansprüchen berechtigt, wenn sie auf einer Veränderung des Wasserstandes des Wasserlaufs, d. h. der Höhe des Wasserstandes, beruht, nicht aber, wenn sie lediglich durch Verminderung der im Wasserlaufe fließenden Wassermenge herbeigeführt ist. Das entspricht wenigstens der ständigen Rspr. des OVG. Diese Unterscheidung ist von erheblicher praktischer Bedeutung, weil danach Ansprüche von Triebwerksbesitzern wegen Verminderung des Wasserzuflusses zum Triebwerk infolge der Zutageförderung von Grundwasser zurückzuweisen sind, während sie bei mittelbarer Ableitung in gewissen Fällen (§ 42) anerkannt werden müssen.

Zur Einführung in das Rechtsgebiet des unterirdischen Wassers kann die Schrift empfohlen werden.

Vizepräs. des OVG. Schlegelberger, Berlin.

b) Baden.

Ernst Klotz, Ministerialrat im bad. Ministerium des Innern: **Das badische Jagdrecht.** 2. völlig neubearbeitete Auflage. Karlsruhe 1931. Boltze. 404 S. Preis geb. 16 ℳ.

Das BadJagdG. stammt von 1850. Den ersten Kommentar dazu hat der badische InnMin. Schenkel i. J. 1886 geschrieben. — Als Ernst Klotz i. J. 1914 einen neuen Kommentar zum BadJagdG. (176 S. im kleinen Format) schrieb, war der Kommentar von Schenkel durch zahlreiche inzwischen neu erlassene Bestimmungen veraltet. Seit dem Erscheinen der ersten Auflage des Klotzschen Kommentars hat das Jagdrecht in Baden weitere einschneidende Änderungen erfahren, insbes. durch das Ges. v. 12. Mai 1927, das eine Neufassung des BadJagdG. (GVBl. 1927, 119 ff.) zur Folge hatte. — Da sich in der Zwischenzeit, seit 1914, niemand an die Aufgabe herangewagt hat, das BadJagdG. zu erläutern, und da auch alles übrige Schrifttum zum bad. Jagdrecht längst veraltet ist — während z. B. in Hessen, Württemberg, Bayern das jagdrechtliche Schrifttum in den letzten Jahren wieder auf die Höhe der Zeit gebracht wurde —, muß es dem Verf. und dem Verleger schon aus diesem Grund gedankt werden, daß sie in schwerer Zeit eine neue, ganz wesentlich umgestaltete und erweiterte Auflage herausgebracht haben.

Einleitend wird die Geschichte des bad. Jagdrechts entwickelt. Dabei finden Entstehungsgeschichte und Wandelungen des JagdG. von 1850 besonders eingehende Schilderung. Es folgen interessante Angaben über die Jagdwirtschaft einschließlich statistischen Materials, aus dem u. a. hervorgeht, daß Baden im Jagdjahr 1930/31 fast 9000 Jagdscheine ausgestellt und dafür gegen 354 000 Sporteln erlöst hat.

Der Schwerpunkt des Buchs liegt im ersten Teil, in der Erläuterung des BadJagdG. Der Verf. geht bei dieser seiner Aufgabe mit Recht von der Erwägung aus, daß das Jagdrecht kein isoliertes Dasein führt, sondern einen Querschnitt durch die verschiedenen Rechtsgebiete darstellt, und daß aus diesem Grunde das Jagdrecht in die notwendige Verbindung mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht (insbes. mit dem Gemeinderecht), aber auch mit dem bürgerlichen Recht und mit dem Strafrecht gebracht werden muß. Er hat infolgedessen gerade den schwierigen Fragen besondere Aufmerksamkeit geschenkt, inwieweit sich Verstöße gegen Bestimmungen des JagdG. (insbes. über Abschluß und Inhalt des Jagdpachtvertrags) bürgerlich-rechtlich und strafrechtlich auswirken.

Es folgt eine etwas kürzer gefaßte Erläuterung der VollzugsVO. z. JagdG., der Dienstweisung für Jagdaufseher und Wildschadenschätzer, des VogelschutzG., der BadVogelschutzO. sowie der bad. VO. über den Schutz der heimischen Tier- und Pflanzenwelt.

Anschließend werden die wichtigsten reichsrechtlichen Bestimmungen erläutert, die für das Jagdrecht Bedeutung haben, so die Bestimmungen des BGB. über Pachtverträge sowie PachtschO., dann die Bestimmungen über Selbsthilfe, über unerlaubte Handlungen, Wildschadensersatz, Aneignung herrenloser Tiere u. a. m.

Im Jagdstrafrecht werden die Paragraphen des RStGB. über Notwehr, Forstwiderstand, Jagdwilderei, sowie einzelne Übertretungsbestimmungen des StGB. und des BadPolStGB. behandelt. Den Schluß bilden Erläuterungen des SchußwG. und der jagdlich interessierenden Steuergesetze (BadJagdStG., BadHundeStG.).

Wie die zahlreichen Anmerkungen zeigen, hat der Verf. ein sehr umfassendes Material verarbeitet, so namentlich die Entsch. des BadVGH. und des PrOVG., die Aufsätze in der BadVerwZ. und große Teile der Literatur des preuß., bayr., württemb. und hess. Jagdrechts. Außerdem steht dem Verf. augenscheinlich eine reiche eigene praktische Erfahrung zur Seite. — Auf diese Weise ist ein dem neuesten Stand der Gesetzgebung entsprechendes vollständiges Bild des in Baden geltenden Jagdrechts gezeichnet, das, namentlich wegen der Fülle von Einzelfragen, die es erörtert, den Behörden die praktische Anwendung des Jagdrechts erleichtert und dem bad. Jäger die genaue Kenntnis der für ihn bedeutsamen Bestimmungen vermittelt, das aber auch über die gelbrotgelben Grenzpfähle hinaus Interesse beanspruchen kann.

Prof. Dr. Eduard Kern, Freiburg i. B.

Rechtsprechung.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Rechtsanwalt Huber.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

I. Materielles Recht.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

1. §§ [illegible], 89, 823 BGB.

1. Wer einen Weg der öffentlichen Benutzung widmet, darf nicht nur mit vorsichtigen Wegebenutzern rechnen, er darf deshalb auch keinen Zustand des Weges dulden, der nur bei vorsichtiger Benutzung ungefährlich, bei unvorsichtiger Benutzung aber gefährlich ist.

2. Ein 10 cm über den Sand eines Weges hinausragender Schacht ist gefährlich.

3. Eine Körperschaft, die sich bei ihrer Verteidigung gegen einen Schadensanspruch bemüht, den tatsächlich gefährlichen Zustand als ordnungsmäßigen hinzustellen, behauptet selbst nicht, daß sie die erforderlichen Anordnungen getroffen habe.†)

Der Kl. fuhr am 17. Mai 1928 mit einem Polizeikommando, dessen Führer er war, in einem Kraftwagen der Schutzpolizei von B. nach W. auf der P.er Chaussee. Bei der Einmündung der rechts von der Fahrtrichtung gelegenen D.er Straße in Z. bog plötzlich der Motorradfahrer B., aus der D.er Straße kommend, in großem Bogen in die Chaussee in der Richtung nach W. ein. Der Führer des Kraftwagens, Polizeihauptwachtmeister T., wich nach links aus, so daß die linken Räder des Kraftwagens auf den 2 m breiten Sandweg gerieten, der sich neben der gepflasterten Fahrbahn befindet. So fuhr er eine kurze Strecke mit unverminderter Geschwindigkeit von 35—40 km weiter. Ehe er die gepflasterte Fahrbahn wieder mit den linken Rädern erreicht hatte, stieß das linke Vorderrad gegen die Umpflasterung eines von der Reichspost angelegten Kabelschachtes, die etwa 10 cm über den umgebenden Sand emporragte. Der Kraftwagen schlug um, mehrere darin beförderte Polizeibeamte, darunter der Kl., wurden verletzt.

Für den Zustand der Straße war unstreitig die Bekl. verantwortlich. Der Kl. verlangte von ihr Schadensersatz.

Die Straße, auf welcher sich der Unfall ereignet hat, besteht aus einer in der Mitte gelegenen gepflasterten Fahrbahn, deren Ränder auf beiden Seiten mit großen Kopfsteinen gegen die beiderseits gelegenen Sandstreifen deutlich abgegrenzt ist; erst hinter diesen Sandstreifen stehen beiderseits Baumreihen, jenseits deren Radfahrer- und Fußgängerbankette liegen.

Aus den Feststellungen des BG. ergibt sich, daß die Sandstreifen für den öffentlichen Verkehr freigegeben sind. Wenn sich der Hauptverkehr auch auf der gepflasterten Fahrbahn abspielt, so nimmt doch das BG. selbst an, daß gelegentlich auch die Sandstreifen zum Ausweichen oder Überholen benutzt werden. Dann ist aber die Ansicht des BG. rechtsirrig, daß daselbst ein 10 cm über den Sand hinausragender Schacht hätte geduldet werden dürfen, der nur bei vorsichtigem, mäßig geschwinden Befahren des Sandstreifens ungefährlich war, bei unvorsichtigem, schnellen Befahren aber auch nach der Annahme des BG. eine Gefahr bildete. Wer einen Weg der öffentlichen Benutzung widmet, darf nicht nur mit vorsichtigen Wegebenutzern rechnen. Eigenes Verschulden des Beschädigten kann zwar nach § 254 BGB. die Schadensersatzpflicht einschränken oder beseitigen, aber das berührt die Sorgfaltspflicht des Wegeunterhaltungspflichtigen nicht. Mit der Möglichkeit einer nicht ganz gewöhnlichen Benutzung eines Weges muß gerechnet werden. Dies um so mehr, als solche Benutzung durchaus nicht immer schuldhaft zu sein braucht. Im vorl. Falle ist nicht festgestellt, daß den Führer des Kraftwagens ein Verschulden traf. Nach dem unbestrittenen Vortrage des Kl. hatte das Polizeikommando einen eiligen dienstlichen Auftrag zu erfüllen; es lag also der Fall des § 44 KraftfVerkVO. v. 16. März 1928 (RGBl. I, 91) vor, und die sonst innezuhaltenden Geschwindigkeitsgrenzen (§ 18 daselbst) galten hier nicht. Indessen kommt es nicht entscheidend darauf an, ob den Führer des Kraftwagens ein Verschulden traf, da der Kl. es keinesfalls zu vertreten hätte; daß er in der Lage gewesen wäre, in die Lenkung des Kraftwagens einzugreifen, ist nicht behauptet worden. Solche und ähnliche Fälle ungewöhnlicher Benutzung des Sandstreifens lagen nicht außerhalb einer Berechnung, wie sie der Bekl. zuzumuten war, und sie mußte darum entweder die besondere Gefahr beseitigen, die mit dem Hinausragen des Kabelschachtes über seine Umgebung verbunden war, oder sie mußte die freie Benutzbarkeit des Sandstreifens aufheben

---

Zu 1. Es handelt sich hier um einen besonderen Anwendungsfall der längst anerkannten Regel, daß, wer sein Grundstück, insbes. einen Weg dem öffentlichen Verkehr eröffnet (es braucht nicht gerade der Eigentümer zu sein), für die verkehrssichere Beschaffenheit zu sorgen hat, und wenn er dies unterläßt, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, also fahrlässig handelt und daher, auch wenn er kein besonderes Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. II verletzt, schon nach § 823 Abs. I im Falle der Schädigung eines der dort aufgezählten Rechtsgüter für den Schaden zu haften hat. Der Eigentümer ist (wie RG. 52, 373 schon bald nach Inkrafttreten des BGB. in Verallgemeinerung des im § 836 BGB. liegenden Rechtsgedankens ausgesprochen hat) entgegen dem römischen Recht nicht einmal befugt, seine Sache in dem Zustande zu belassen, in den sie ohne sein Zutun geraten ist, wenn sie anderen gefährlich geworden ist. In RG. 54, 53 ff. ist dann gerade die privatrechtliche Verantwortlichkeit einer Gemeinde wegen Beschädigungen, welche durch mangelhafte Beschaffenheit oder Instandhaltung eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Ortsweges herbeigeführt sind, auf Grund der §§ 823 Abs. I, 276 bejaht worden und dabei betont worden, daß auch eine im öffentlichen Recht wurzelnde Unterhaltspflicht eine privatrechtliche Haftung begründen könne. An diesen Grundsätzen hat die Rspr. weiterhin festgehalten, und die Theorie hat sie, m. E. mit Recht, gebilligt (vgl. insbes. Delius, Die Haftung für Verkehrssicherheit: DJZ. 1914, 206 f.; Kraft, Wegerecht und Haftpflicht: GruchBeitr. 58, 101 f.).

Insofern enthält die vorliegende Entsch. nichts Ungewöhnliches; aber ihre Begründung gibt doch Anlaß zu einigen Bemerkungen.

Der Kraftwagenführer fuhr die kurze Strecke auf dem Sandweg „mit unverminderter Geschwindigkeit von 35—40 km weiter". Hätte es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht verlangt, daß auf diesem, wenn auch erlaubtem, so doch für schnelles Fahren von schweren Fahrzeugen nicht in gleicher Weise wie der Hauptweg geeignetem Sandwege die Geschwindigkeit ermäßigt worden wäre? Die vom RG. für durchschlagend erachtete Berufung auf den eiligen dienstlichen Auftrag und die damit gegebene Befreiung von der Einhaltung der Vorschrift des § 44 KraftfVO. erscheint nicht überzeugend. § 44 befreit die im Dienste befindlichen Kraftwagenführer der staatlichen Polizei zwar, „wenn Gefahr im Verzug ist", von der Einhaltung der Vorschriften über die Fahrgeschwindigkeit, befreit sie aber m. E. nicht von der allgemeinen Verkehrspflicht, die Fahrgeschwindigkeit unter allen Umständen so zu halten, daß die Verkehrssicherheit nicht gefährdet wird, sie also auf einem Boden, auf dem ein rasches Fahren gefährlich werden kann, zu ermäßigen; zudem läßt der Tatbestand nicht im mindesten erkennen, daß der Zeitverlust von vielleicht einer halben Minute, welchen ein langsameres Fahren auf der ganz kurzen

oder doch beschränken. Weder das eine noch das andere hat sie aber bis zu dem Unfall getan. Die Gefahr ließ sich verhältnismäßig leicht beseitigen oder doch wesentlich verringern. Denn bei der Einnahme des gerichtlichen Augenscheins am 11. Juli 1929 ist festgestellt worden, daß die Umgebung des Schachtes mit Erde und einer Schotter- oder Kieseinlage befestigt und auch der Höhe des Schachtes angepaßt war. Es bestand also nicht mehr der gefährliche Zustand, wie er nach der Feststellung des BG. vor dem Unfall bestanden hatte, daß nämlich der Schachtrand etwa 10 cm über den umgebenden Sand emporragte. Warum der Bekl. die Herstellung eines Zustandes nicht zuzumuten gewesen sei, wie er später tatsächlich bestanden hat, ist nicht einzusehen. Mit Unrecht sieht das BG. in solcher Zumutung eine Überspannung der Verkehrssicherungspflicht. Es beruht auch auf Rechtsirrtum, wenn das BG. annimmt, daß die Bekl. äußerstenfalls nur die nach W. gelegene Seite des Schachtdeckels hätte befestigen müssen; die Gefahr mußte vielmehr überhaupt beseitigt werden, gleichviel von welcher Seite der Weg benutzt wurde.

Das Verschulden trifft, da ein gefährlicher Zustand vorhanden war, nicht nur Angestellte der Bekl., sondern ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter, die es an der nötigen Anordnung und Beaufsichtigung haben fehlen lassen. Der Bekl. steht in dieser Hinsicht ihre eigene Verteidigung entgegen, da sie sich bemüht hat, den tatsächlich gefährlichen Zustand als ordnungsmäßigen hinzustellen. Sie behauptet also selbst nicht, daß sie die erforderlichen Anordnungen getroffen habe. Für das Verschulden ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter hat sie nach den §§ 31, 89 BGB. einzustehen (vgl. RG. 89, 136[1])). Das Mitverschulden anderer berührt ihre Haftung gegenüber dem Kl. nicht.

(U. v. 9. März 1931; 504/30 VI. — Berlin.) [H.]

2. §§ 138, 812, 817 BGB.; §§ 11, 13 FluchtlG. Die Aufstellung eines Fluchtlinienplanes berechtigt die Gemeinde, mit den Anliegern privat-

Strecke bedeutet hätte, wirklich zu einer Gefährdung der zweckmäßigen Ausführung des dienstlichen Auftrags geführt hätte. Nimmt man aber an, daß auch den Kraftwagenführer ein Verschulden treffe, so wäre das zwar, wie das RG. richtig hervorhebt, nicht ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten, immerhin wäre der Schaden dann auf ein mitwirkendes Verschulden auch einer anderen Person als der beklagten Stadtgemeinde Berlin zurückzuführen gewesen, die neben der Stadtgemeinde nach § 840 BGB. als Gesamtschuldnerin, also nach Maßgabe der §§ 421 ff. gehaftet hätte. Das hätte zwar auf die Entsch. des Rechtsstreits, in welchem nur die Stadtgemeinde Berlin beklagt war, keinen Einfluß gehabt, aber doch der Stadtgemeinde einen Ausgleichungsanspruch nach § 426 gegen den andern Gesamtschuldner gegeben. Offen bleibt dabei die Frage, ob an Stelle der Haftung des polizeilichen Kraftwagenführers, dessen Verschulden vorausgesetzt, die Haftung des Staates treten würde. Jedenfalls ist der Wagenlenker in dieser Funktion nicht Willensorgan i. S. der §§ 31, 89. Dagegen hat das OLG. Colmar in dem Urt. v. 30. Okt. 1916 (JW. 1917, 114) schon entschieden, daß die Verletzung der Pflicht eines amtlichen Kraftwagenführers, vorsichtig und sachgemäß zu fahren, unter § 839 zu bringen sei; doch mag man zweifeln, ob sich dies nur auf solche Kraftwagenführer bezieht, deren eigentliche Amtsaufgabe eben das Wagenführen ist, wie solche, die bei den Kraftpostlinien der Reichspost angestellt sind, oder auch auf solche Polizeibeamte, die in der Hauptsache andere Dienstaufgaben haben und nur gelegentlich zum Fahren verwendet werden. Bei ersterer Annahme, zu der ich neige, würde die außervertragliche Haftung des Staates, der nicht selbst als Fahrzeughalter haftet, nur nach Maßgabe des § 831, also unter Vorbehalt des Exkulpationsbeweises bestehen; aber auch wenn man annehmen will, § 839 treffe zu, so dürfte es doch an der in der RVerf. Art. 131 für die Staatshaftung aufgestellten Voraussetzung fehlen, daß der Beamte in Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt haben muß; das Wagenführen als solches geschieht keinesfalls in Ausübung öffentlicher Hoheitsrechte, auch wenn es ein Mittel ist, um an den Ort solcher Ausübung zu gelangen.

Etwas zu stark verallgemeinert erscheint mir andererseits der Satz in der Urteilsbegründung, wer einen Weg der öffentlichen Benutzung widmet, dürfe nicht nur mit vorsichtigen Wegbenutzern rechnen. Es gibt Verhältnisse, in denen es dem Hersteller eines Weges durchaus nicht zuzumuten ist, mit anderen als vorsichtigen Benutzern zu rechnen. Man denke nur an den Fall, daß eine Alpenvereinssektion einen alpinen Steig herstellen läßt.

Prof. Dr. E. Riezler, München.

[1]) JW. 1917, 155.

rechtliche Verträge abzuschließen, die den Erwerb der zur Straße bestimmten Grundflächen zum Ziele haben, und die Einwilligung zu der Bauerlaubnis von Bedingungen wirtschaftl. Art abhängig zu machen. Hierbei darf sich die Gemeinde aber nicht unter Mißbrauch der ihr zustehenden obrigkeitl. Gewalt oder ihrer Machtstellung übermäßige Vorteile verschaffen.

Die Bekl. ist Eigentümerin eines Hausgrundstücks in der B.straße in B., in dem sie ein Weinrestaurant betreibt. Es befinden sich dort Vorgärten, und zwar hat die Bekl. das ebenfalls in ihrem Eigentum stehende Vorgartengelände, welches etwa 11 m breit ist, erhöht und benutzt es als Restaurantterasse mit zu ihrem Betriebe. Unterm 22. Juni 1910 reichte die Bekl. einen Plan zur Überdeckung der Terrasse mit Zeltleinwand zwecks Genehmigung beim Polizeipräsidium in B. ein. Dieses Gesuch gelangte unter Vermittlung der städtischen Baupolizei an den Magistrat der Kl. zur Äußerung. Die Stadt plante damals eine Verbreiterung der B.straße, und die neue Straßenlinie sollte in einer Entfernung von 8,66 m parallel zur Bauflucht verlaufen. Es fanden dann zwischen den Vertretern der Bekl. und der Stadt Verhandlungen statt, die zu einer Einigung dahin führten, daß die Bekl. sich zur sofortigen lastenfreien Auflassung des über 8,66 m hinausragenden Geländes sowie auf Verlangen des städt. Tiefbauamts auch zur Übergabe und Freilegung verpflichtete, während der Magistrat seine Einwilligung zur Überdeckung der ganzen Terrasse versprach. Diese Verpflichtung der Bekl. wurde zur Niederschrift des städt. Urkundsbeamten in der Weise erklärt, daß der Vertreter der Bekl. ein Angebot zur Auflassung, Übergabe und Freilegung machte, „wenn uns (der Bekl.) die Erlaubnis zur Überdeckung der Terrasse vor den genannten Grundstücken erteilt wird". Dieses Angebot nahm ein Bevollmächtigter der Kl. in derselben Urkunde an. Unter Mitteilung der von der Bekl. eingegangenen Verpflichtung der Bekl. erklärte die städt. Polizeiverwaltung die Genehmigung zur Überdachung der Terrasse mit Schreiben v. 26. Juli 1910 an das Polizeipräsidium, worauf dieses unter dem 30. Juli 1910 die baupolizeiliche Erlaubnis erteilte.

Mit der Klage fordert die Kl. Verurteilung der Bekl., von dem näher bezeichneten Grundstücke einen an der Straße gelegenen Streifen von etwa 2,10 m Breite des jetzigen Vorgartens, der über 8,66 m von der Bauflucht hinaus liege, der Kl. aufzulassen, ihr zu übergeben und freizulegen. Die Bekl. hat geltend gemacht, es sei nicht zulässig und verstoße gegen die guten Sitten, daß die Kl. ihre Zustimmung zu der von der Bekl. erbetenen baupolizeilichen Genehmigung von der Zuwendung privatrechtl. Vorteile abhängig gemacht habe.

Wäre die Einwilligung der Stadt in die vom Polizeipräsidium ausgesprochene baupolizeiliche Erlaubnis ein dieser rechtlich gleichzusetzender reiner Hoheitsakt, so möchte allerdings von dem allgemeinen Satze auszugehen sein, daß eine Behörde für die Erfüllung einer amtlichen Aufgabe eine erhebliche geldwerte Vergütung nur insoweit beanspruchen darf, wie das gesetzl. zugelassen ist (RG. 132, 178[1]) und die im Urt. angeführte gerade den Fall der Bauerlaubnis behandelnde Entsch. RG. 51, 421). Allein das BG. hat die rechtl. Bedeutung der von der Stadt erforderten und abgegebenen Erklärung v. 26. Juli 1910 verkannt. Die Rev. behauptet und, soviel zu ersehen, besteht unter den Beteiligten kein Zweifel darüber, daß die Baufluchtlinie unter Freilassung eines Vorgeländes in der B.straße seit langer Zeit feststeht (vgl. § 1 Schlußsatz, § 11 preuß. Ges. betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften v. 2. Juli 1875 [FluchtlG.]). Schon aus diesem Grunde hätte die Bebauung des Vorgartens versagt werden können. Der Kl. lag aber noch besonders daran, den Teil des Vorgartens von der Bebauung freizuhalten, den sie bei der beabsichtigten Veränderung der Straßenfluchtlinie als Straßenland gebrauchte (§§ 11 Satz 2, 13 FluchtlG.). Wieweit der Plan zur Veränderung der Straße i. J. 1910 schon fortgeschritten war, hat das BG. nicht festgestellt. Zur sicheren Beurteilung der Sach- und Rechtslage hätte es jedoch,

[1]) JW. 1931, 31[illegible]9.

wie der Rev. zuzugeben ist, der Aufklärung namentlich darüber bedurft, ob der Plan zur Verlegung der Straßenfluchtlinie schon i. S. des § 8 offengelegt und damit die im § 11 FluchtlG. verordnete Baubeschränkung in Kraft getreten war. Aber schon die Aufstellung des neuen Fluchtlinienplanes berechtigte die Kl., mit den Anliegern privatrechtl. Verträge abzuschließen, die den Erwerb der zur Straße bestimmten Grundflächen zum Ziele hatten (RG. 56, 4 und das von der Rev. angezogene Urt. des RG. v. 8. Juli 1912, VI 556/11). Das BG. will das freie Vertragsrecht der Kl. absprechen, weil für das Schuldversprechen der Bekl. als Gegenleistung eine Amtshandlung der Stadt vereinbart und gewährt worden sei. Dem ist nicht beizutreten, auch wenn man mit dem BG. den § 11 FluchtlG. für anwendbar hält. Die Baubeschränkung in § 11 Satz 1 FluchtlG. steht im inneren Zusammenhange mit Satz 2 daselbst, wonach die Gemeinden das Recht erhalten, die für Straßen und Plätze bestimmten Grundflächen nötigenfalls im Wege der Enteignung (§§ 13, 14 Ges.) zu erwerben (RG. 69, 68[2]); 128, 29[3]); vgl. 132, 73 ff.[4])). Danach hat die Baubeschränkung den Zweck, den Gemeinden in ihrem wirtschaftl. Interesse den Erwerb des in den künftigen Straßenzug fallenden Geländes zu erleichtern oder wenigstens Erschwerungen zu verhindern (OVG. 69, 396; Saran, Bem. 2 und 3 zu § 11 FluchtlG.; Strauß und Korney, Bem. 2 zu § 11 zit.). Nun gehört die Entsch. über Baugesuche in B. zur Zuständigkeit des Polizeipräsidiums. Eine Mitwirkung der Stadt B. hierbei ist im Ges. nicht vorgesehen. Erst durch einen allg. Erl. der Min. des Innern und der öffentl. Arbeiten v. 15. Febr. 1887 (PrMBliV. 70) ist zu § 11 FluchtlG. (vgl. § 20) angeordnet, daß die Polizeibehörden in eine Prüfung derartiger Baugesuche erst dann eintreten sollen, wenn die Einwilligung der Gemeinde zu dem beabsichtigten Bau nachgewiesen wird. Wie der MinErl. im Abs. 1 hervorhebt, verfolgt die Vorschr. im § 11 Satz 1 den Zweck, die Gemeinden dagegen zu schützen, daß der Wert der zu Straßenzwecken bestimmten Grundstücke nicht durch bauliche Veränderungen gesteigert und die Gemeinden genötigt werden, bei der demnächstigen Abtretung eine höhere Entschädigung als im Zeitpunkt der Fluchtlinienfestsetzung zahlen zu müssen. Hieraus folgt, daß die Zustimmung der Gemeinden zu den Baugesuchen aus dem Grunde angefordert werden soll, damit sie ihre wirtschaftl. und finanziellen Belange wahren können. Die Zustimmung hatte daher die Kl. in ihrer Eigenschaft als Trägerin von Vermögensrechten zu erteilen oder zu verweigern. Es liegt im Rahmen des Ges. und der dazu erlassenen ministeriellen Anordnungen und ist rechtl. an sich nicht zu beanstanden, daß die Kl. ihre Einwilligung zu der Bauerlaubnis von Bedingungen wirtschaftl. Art abhängig machte.

Das Urt. kann daher mit der bisherigen Begr. nicht aufrechterhalten werden. Es wird aber zu prüfen sein, ob etwa die Kl. unter Mißbrauch der ihr zustehenden obrigkeitl. Gewalt oder ihrer Machtstellung sich übermäßige Vorteile verschafft hat und deshalb ein Verstoß gegen § 138 BGB. in Frage kommt (vgl. auch Abs. 3 MinErl. v. 15. Febr. 1887).

(U. v. 26. Okt. 1931; 285/31 VI. — Berlin.) [H.]

<= RG. 133, 361.>

3. § 242 BGB. **Der Verpächter, der längere Zeit unbeanstandend verspätete Pachtzahlungen entgegennimmt, muß, wenn er von einem ihm bei Zahlungsverspätungen zustehenden Kündigungsrecht Gebrauch machen will, den Pächter hierauf aufmerksam machen.**

Das BG. hält die Kündigung nicht für wirksam. Es verstoße gegen Treu und Glauben, daß die Vermieter die Unpünktlichkeit des Beklagten bei Zahlung der am 1. Okt. 1927 fälligen Pachtrate zur Aufhebung des Vertrages benutzten, ohne daß der Bekl. vorher auf die Möglichkeit der Kündigung hingewiesen sei. Denn seit 1925 seien die Pachtzahlungen stets unpünktlich erfolgt und daraus sei ein Kündigungsrecht nicht hergeleitet worden, so daß der Bekl. habe annehmen dürfen, daß eine unpünktliche Zahlung auch des am 1. Okt. 1927 fälligen Pachtzinses nicht zu einer Kündigung des Vertrages führen würde. Soweit sich die Rev. grundsätzlich gegen den in diesen Ausführungen des BG. zur Anwendung gelangten Rechtssatz wendet, kann ihr nicht zugestimmt werden. Die Vermieter mußten den Mieter darauf aufmerksam machen, daß diesmal unpünktliche Zahlung die Kündigung zur Folge haben werde. Die Unterlassung einer solchen Mitteilung war geeignet, den Mieter in den Glauben zu versetzen, das Recht der Kündigung werde, wie in den früheren Fällen, auch diesmal nicht ausgeübt werden. Es bedeutet daher einen Verstoß der Vermieter gegen Treu und Glauben, der bewirkt, daß sie aus der Kündigung keine Rechte herleiten können (vgl. RG.: JurRdsch. 1925, 397).

(U. v. 17. Sept. 1929; 50/29 VII. — Königsberg.) [Ku.]

****4.** §§ 242, 1021 BGB.; § 35 I 22 ALR.; Art. 115, 116, 184 EGBGB.

1. Beeinflussung einer unter der Herrschaft des ALR. übernommenen und als Grundgerechtigkeit eingetragenen Verpflichtung zur Gewährung und Unterhaltung eines Weges durch die Vorschriften des BGB.

2. Der Inhalt der nach ALR. übernommenen Verpflichtung ist nicht nach der Eintragung, sondern nach dem Vertrage zu beurteilen, Auslegungsgrundsätze finden keine Anwendung.

3. § 242 BGB. findet auf dingliche Verpflichtungen keine Anwendung, berechtigt auch nicht zum Eingriff in vertragliche Bindungen.†)

(U. v. 15. Jan. 1931; 272/30 VI. — Marienwerder.) [Ku.]

Abgedr. JW. 1931, 3434[7].

Zu 4. A. Anm. Klässel, ebenda.

B. Die Entsch. begegnet, soweit sie die Anwendbarkeit der Grundsätze der §§ 157, 242 verneint, erheblichen Bedenken.

I. 1. Das RG. lehnt die Anwendbarkeit der §§ 133, 157 BGB. auf einen Grunddienstbarkeitsvertrag nach ALR. ab, indem es ausführt, man könne nicht sagen, daß die §§ 133, 157 BGB. deswegen an die Stelle der landesrechtl. Auslegungsregeln zu treten hätten, weil sie, wie z. B. § 138 BGB. zu den so bedeutsamen Vorschriften zu rechnen wären, daß sie nach dem Willen des Gesetzgebers sofort in Geltung hätten treten sollen.

Diese Annahme steht mit der sonstigen reichsgerichtl. Judikatur und mit dem Schrifttum in Widerspruch.

Das RG. hat die Grundsätze von Treu und Glauben wiederholt als das BGB. schlechthin beherrschend und auf allen Rechtsgebieten für maßgebend erklärt, ja über das Privatrecht hinaus auch auf dem Gebiet des öffentl. Rechts mit den durch dessen Eigenart gebotene Schranken als wirksam anerkannt (vgl. Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr, § 2 S. 8 ff., § 12 S. 110 u. die dort ang. Rspr., sowie RG.: JW. 1931, 735 und Anm. Hamburger).

Der Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte stellt als allgemeines Rechtsprinzip einen den Gesetzesbest. immanenten Kern dar. Solange die Gesetzesbest. in ihrer Anwendung auf den Einzelfall sich mit dem allgemeinen Grundsatz deckt, hat es bei ihrer Anwendung sein Bewenden. Führt die Anwendung der Gesetzesbest., die Auslegung des Vertrags, der Willenserklärung im Einzelfall zu einem Ergebnis, das dieser Maxime nicht entspricht, so muß es durch ein dem Grundsatz von Treu und Glauben entspr. Ergebnis ersetzt werden (Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr, § 3 S. 10 f.; Kreß, Lehrb. d. allg. SchuldR., § 18, 1a S. 374; Sohm, Institutionen des röm. Rechts, § 8, 1).

Die §§ 133, 157 BGB. sind als Ausprägungen des Prinzips von Treu und Glauben nicht weniger bedeutsam als der § 138 BGB. Die gegenwärtige Rspr. des RG. und des RArbG. läßt unschwer erkennen, daß den Grundsätzen von Treu und Glauben in der Praxis schon zahlenmäßig eine mindestens ebenso große, wenn nicht größere Bedeutung zukommt als dem Gebot der guten Sitten.

Gerade bei der Anwendung von alten landesrechtl. Vorschr. und Verträgen müssen die Grundsätze von Treu und Glauben einen wesentl. Bestandteil der Rechtsfindung bilden.

Auch durch Vorbehalt im EGBGB. aufrechterhaltene landesrechtl. Vorschr. sind in ihrer Rechtswirkung den allg. Schranken der §§ 157, 242 BGB. unterworfen. Eine Partei kann sich auf Rechtsfolgen altrechtlich aufrechterhaltener Vorschr. dann nicht berufen, wenn diese Berufung ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Ergebnis zeitigen würde. Mag der Vertr. nach altem Recht begründet sein, seine Rechtswirkungen erstrecken sich in die Gegenwart. Da das Gegenwartsrecht von Treu und Glauben beherrscht wird, muß

---

[2]) JW. 1908, 355. [3]) JW. 1930, 2426. [4]) JW. 1931, 2684.

5. § 313 BGB. Ein Parzellierungsvertrag, durch den der Grundstückseigentümer einen Dritten verkaufen läßt, sich aber zur Erfüllung jener Verkäufe verpflichtet, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Für den Fall des Rücktritts vereinbarte Vertragsstrafen kommen bei Nichtigkeit des Vertrages ebenfalls in Wegfall, auch wenn sie selbst für den Fall des berechtigten Rücktritts vereinbart sind.

Kl. und Bekl. haben privatschriftlich einen Vertrag geschlossen, welcher den Verkauf des dem Kl. gehörigen Gutes G. bezweckte. Der Vertrag ist von den beiden Parteien gezeichnet und sollte von dem zweiten Hypothekengläubiger des Gutes T. mitunterschrieben werden. Der Bekl. sollte die Güter aufteilen und in Trennstücken oder auch im ganzen für Rechnung des Kl. verkaufen und dafür eine „Aufteilungs- oder Verkaufsprovision" erhalten. T. sollte eine notarielle Vollmacht ausgestellt werden, die ihn „zur Erledigung aller in Erfüllung des Vertrages vorzunehmenden Geschäfte auch in Beziehung auf Preisbildung und Zahlungsmodus" ermächtigte. Der Bekl. sollte monatlich auf Konto seiner Unkosten einen Vorschuß erhalten, und der Kl. sollte T. mit der Auszahlung dieser Vorschüsse beauftragen. Während der Dauer des Vertrags sollte keiner von beiden Teilen den Vertrag auflösen können, wenn nicht Aufteilung oder Verkauf restlos durchgeführt war. Der Kl. hatte dem Bekl. eine Barentschädigung zu zahlen, wenn er aus irgendeinem Grunde den Vertrag einseitig aufhob, und umgekehrt hatte der Bekl. dem Kl. die empfangenen monatlichen Vorschüsse sofort zurückzuzahlen und eine Entschädigung zu entrichten, wenn er vom Vertrag zurücktrat. Die Parteien streiten über die Gültigkeit des Vertrags.

Die Form des § 313 BGB. ist nicht nur für Verträge notwendig, in welchen die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung an den Vertragsgegner übernommen wird; es genügt, daß die Veräußerung, zu der eine Verpflichtung übernommen wird, an Dritte erfolgen soll. Auf den rechtlichen Charakter des Vertrags, in dem die Verpflichtung übernommen wird, kommt nichts an. Der Kl. hat in § 4 des Vertrags gegenüber dem Bekl. die Verpflichtung übernommen, seinem Zweithypothekengläubiger T. eine notarielle Vollmacht auszustellen, welche diesen zur Erledigung aller in Erfüllung des Vertrags vorzunehmenden Geschäfte, „auch in Beziehung auf Preisbildung und Zahlungsmodus", ermächtigte. Damit wurde T., der noch vor dem Kl. selbst Befriedigung für seine Hypothek aus den Verkäufen zu suchen hatte und deshalb dem Bekl. gegenüber zur „Garantie und Bürgschaft" für die Zahlung der monatlichen Vorschüsse auf den Provisionserwerb herangezogen werden sollte, der auch den Vertragsschluß betrieben hat, an die Stelle des Kl. selbst hinsichtlich der Verfügung über das Gut, Verkaufsabschluß und Auflassung, gesetzt. Dem Kl. lag die Pflicht ob, die Aufteilung und den Verkauf nach jeder Richtung hin „zu unterstützen", alle erforderlichen Dokumente, Grundstückspapiere usw. zur Verfügung zu stellen. Er entledigte sich kraft dieser Verpflichtungen seiner Veräußerungsmacht zugunsten des Hypothekengläubigers und Bürgen und trat selbst in die Rolle eines Gehilfen der Veräußerung des Gutes. Diese Verpflichtung des Kl. erfordert die Form des § 313 BGB., wie dies auch der erste Richter angenommen hat, wenn er auch, zu weitgehend, einfach davon spricht, der Kl. sei zur Übertragung von Eigentum am Grundstück oder an Grundstücksteilen an die vom Bekl. zu benennenden Personen verpflichtet gewesen.

---

die Berufung auf altrechtl. Vorschr. dort versagen, wo sie die gegenwärtigen Grundsätze von Treu und Glauben verletzen würde (Hamburger, Treu und Glauben, § 3 S. 9—13, § 5 S. 22 ff.).

2. Es hat aber auf diesen Gesichtspunkt allein nicht entscheidend anzukommen. Der Art. 184 EGBGB. bestimmt in seinem Satz 2 ausdrücklich, daß für eine früher begründete Grunddienstbarkeit die Vorschr. der §§ 1020—1028 BGB. nach dem Inkrafttreten des BGB. Geltung haben. Im vorl. Fall dreht es sich also um die Anwendung des § 1021 BGB. auf die nach ALR. begründete Wegegerechtigkeit. Mit der Anwendbarkeit der Spezialvorschr. des BGB. über Grunddienstbarkeit auf eine altrechtliche Grunddienstbarkeit ist aber auch die Anwendbarkeit der §§ 133, 157 BGB. für die Auslegung außer Zweifel gestellt. Der Gesetzgeber wollte offenbar Rechte, die möglicherweise Jahrhunderte überdauern, nicht als historische Kuriositäten erstarren lassen, sondern ihnen durch die Anwendbarkeit der Normen des BGB. (§§ 1020—1028) in ihrer Ausübung eine den neuzeitlichen Verhältnissen entspr. Gestalt verleihen. Diese Möglichkeit würde aber vereitelt werden, sollte man die Anwendbarkeit der Vorschr. der §§ 1020—1028 wieder dadurch einengen, daß die Auslegung des diesbezügl. Vertragsinhalts nur nach altrechtl. Grundsätzen gestattet würde. Zu einer derartigen Annahme besteht kein Anlaß. Nach h. M. finden die Vorschr. des § 157 nicht auf Schuldverträge allein Anwendung, sondern auf Willenserklärungen schlechthin, gleichviel ob schuldrechtl., sachenrechtl. oder sonstigen Inhalts (vgl. Hamburger, Treu und Glauben, § 1 S. 3 und die dort angegeb. Gesetzgebungsmaterialien, die Dienstbarkeiten ausdrücklich erwähnen, § 2 S. 6 ff.).

3. Wenn das RG. die Bedenken, die es selbst gegen die Verpflichtung zu altrechtl. Auslegungshandhabung hat, damit entkräften will, daß die Vertragsparteien und ihre Rechtsnachfolger sich nicht gefallen lassen müßten, daß ihr Wille unter Anwendung gesetzl. Vorschriften ausgelegt würde, von denen sie zur Zeit des Vertragsschlusses noch gar nichts wissen konnten, so ist dem entgegenzuhalten: § 157 BGB. deckt anerkanntermaßen auch die sog. ergänzende Vertragsauslegung. Bereits in den Protokollen wird darauf hingewiesen, daß es sich bei der Auslegung nicht selten um Ergänzung des fehlenden Willens handelt (Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr S. 5). Die Rspr. des RG. hat die ergänzende Vertragsauslegung anerkannt (Hamburger, § 6 S. 27 ff.). Um eine derartige ergänzende Vertragsauslegung handelt es sich hier in doppeltem Sinn: Einmal dahin, daß der Wille der Vertragsparteien auch dahin ergänzt werden muß, daß für den künftigen Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeitspflichten die Grundsätze von Treu und Glauben maßgebend sein müssen, und ferner dahin, daß dieser Umfang der Pflichten gemäß der nach Treu und Glauben zu berücksichtigenden Verkehrsentwicklung beurteilt werden muß.

Wollte man diese ergänzende Auslegung deswegen verneinen, weil die Parteien i. J. 1895 von den Vorschr. der §§ 133, 157 BGB. noch gar nicht wissen konnten, so würde dies praktisch zur Ablehnung der ergänzenden Vertragsauslegung überhaupt führen. Diese tritt bekanntlich gerade da ein, wo es sich um bei der Vertragsschließung unvorhergesehene Umstände handelt (vgl. u. a. RG. 92, 318 = JW. 1918, 300; RG.: JW. 1923, 456). Das RG. hat übrigens die ergänzende Vertragsauslegung grundsätzlich nicht als Ergänzung des Vertragswillens angesehen, sondern um eine objektiv veranlaßte Ergänzung des Vertrags an sich unter Vermeidung der Erweiterung des Vertragsgegenstandes selbst (Hamburger S. 27, 28).

II. Auch die Anwendbarkeit des § 242 BGB. ist im vorl. Fall zu bejahen. Es handelt sich hier um die mit der Erfüllung einer Grunddienstbarkeit verbundenen Nebenpflichten. Der Eigentümer des belasteten Grundstückes kommt diesen Verpflichtungen nach Art. 184 EGBGB., § 1021 BGB. nicht nach, wenn er den Weg nicht in einem verkehrsentspr. Zustand unterhält. Mag auch § 1021 BGB. nur eine Nebenverpflichtung zur primären Duldungspflicht bei der Grunddienstbarkeit darstellen, er enthält gegebenenfalls doch eine Rechtspflicht zu einer Leistung. Wo aber eine Verpflichtung zu einer Leistung besteht, muß auch § 242 BGB. Geltung haben (vgl. Hamburger, Treu und Glauben S. 24, 25; RG. 74, 151 = JW. 1910, 816; 101, 47; LZ. 1931, 504, 505).

Dem gegenüber kann auch nicht überzeugen, wenn das RG. die Anwendbarkeit des § 242 BGB. auch deswegen ablehnt, weil es sich dabei hier um einen unzulässigen Eingriff in einen bestehenden Vertrag handle.

Es handelt sich hier lediglich um die Best. der Rechtspflicht des Eigentümers, das belastete Grundstück in einem dem Zweck der Dienstbarkeit entspr. Zustand zu erhalten, also um die Festlegung der Modalitäten, welche zur Erfüllung der Nebenpflicht auf Wegunterhaltung nach § 1021 BGB. notwendig sind. Das ist kein unzulässiger Eingriff in bestehende Vertragsbeziehungen. Um so weniger, wenn man sich daran erinnert, daß das RG. auch außerhalb des Geldentwertungsrechts (Aufwertung, Ausgleichspflicht) Eingriffe in bestehende Vertragspflichten nach Treu und Glauben anerkannt hat, und zwar nicht nur in der Form des Vertragsrücktritts, sondern auch in rechtsgestaltender Weise (vgl. Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr, § 13 S. 128 ff.; RG.: JW. 1924, 671; 1929, 3056 ff.; Hamburger a. a. O. S. 32, 33).

Es kommt noch hinzu, daß, wie bereits erwähnt, das RG. selbst wiederholt die Grundsätze von Treu und Glauben und vor allem den § 242 auf allen Rechtsgebieten für maßgebend erklärt hat, so daß dogmatisch seine Anwendbarkeit auf die Erfüllung sachenrechtl. Verpflichtungen nach der gegenwärtigen Rechtsauffassung nicht anzuzweifeln ist (Hamburger, § 2 S. 8, 9, Einl. vor § 8 S. 60, 61).

Gerade mit § 242 BGB. ist hier, ohne daß es einer ergänzenden Auslegung selbst bedürfte, der Anspruch des Kl. auf Instandsetzung und Instandhaltung des Weges als eine in der Gegenwart zu erfüllende Verpflichtung dogmatisch begründet.

RA. Dr. Max Hamburger, Würzburg.

Letzteres trifft nicht zu, da T. die freie Entsch. hatte, ob er diese Käufer und die bei ihnen zustande gebrachten Verkaufsbedingungen annehmen wollte oder nicht. Aber die Sache kann doch hinsichtlich des Formerfordernisses nicht anders beurteilt werden, als wenn der Kl. sich unmittelbar verpflichtet hätte, an die vom Bekl. beigebrachten Käufer zu den bei ihnen erzielten Bedingungen zu verkaufen und aufzulassen. T. war berechtigt, sich von seinem Interessenstandpunkt aus zu entscheiden und war von jeder Weisung des Kl. freigestellt. Durch die ihm erteilte Vollmacht sollte T. ohne weiteres in den Stand gesetzt werden, die Verkäufe abzuschließen und die Auflassungen zu vollziehen. All das war dem Kl. entzogen, der nur noch den Entschließungen des T. durch seine Beihilfe die Bahn zu ebnen hatte. In diesem Sinne ist der Vertrag auch so weit vollzogen worden, daß alles bis auf die vom Bekl. nicht bewerkstelligte Beibringung der Käufer vorbereitet war: T. hat seine Vollmacht erhalten, eine Generalvollmacht, die ihn zum Verkauf und zu anderen Rechtsgeschäften für den Kl. ermächtigte. T. hat sie angenommen und für den Kl. die monatlichen Vorschüsse gezahlt. Dabei spielt es für die Formbedürftigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags keine Rolle, ob die Vollmacht notariell aufgenommen war, so daß sie der Form des § 313 BGB. entsprochen hätte, oder nur notariell beglaubigt war. Auch die formlose Vollmacht gab dem T. die gleiche Macht. Unerheblich ist auch, ob die Vollmacht selbst nach ihrem Inhalt dem Kl. hinsichtlich der weiteren Behandlung der Machtübertragung Freiheit ließ. Der Vertrag verband den Kl., die Vollmacht nicht zurückzuziehen. Die förmliche Erteilung dieser Vollmacht konnte den förmlichen Abschluß des Vertrags *zwischen den Parteien* nicht ersetzen. Ihr Inhalt aber änderte nichts an den aus diesem Vertrag sich ergebenden, durch seinen Bevollmächtigten vor sich gehenden Übertragungspflichten des Kl. An diese war er nach dem Vertrag auf acht Monate gebunden. Beiden Teilen war in dieser Zeit die Auflösung des Vertrags untersagt, wenn nicht die restlose Aufteilung oder der Verkauf durchgeführt, d. h. der Vertrag vorher von seiten des Bekl. erledigt war. Die Ausnahme nach § 2 Abs. 2, die beigefügt ist, besagt, daß der Kl., wenn er aus irgendeinem Grund den Vertrag einseitig aufhebe, dem Bekl. eine Barentschädigung zu zahlen und die volle Provision für den Fall zu entrichten habe, daß innerhalb eines Jahres von der Aufhebung ab vom Kl. mit einem vom Bekl. nachgewiesenen Käufer ein Kaufvertrag geschlossen werde. Diese Ausnahmebestimmung legt der Vorderrichter zutreffend dahin aus, der Bekl. habe sich dadurch der ihm erwachsenden Ausgaben halber gegen den Rücktritt des Kl. gesichert. Er findet darin sogar ausgesprochen, daß die Summe *in jedem Falle* des Rücktritts geschuldet werde, auch im Falle eines *berechtigten* Rücktritts wegen positiver Vertragsverletzung — was dann ebenso für den Fall einer etwa nach § 626 BGB. aus wichtigem Grunde zulässigen sofortigen Kündigung des als zusammengesetzter Mäkler- und Geschäftsbesorgungsvertrag bezeichneten Vertrags gälte (JW. 1905, 339 und RG.: JW. 1931, 3439 mit Nachw. aus dem Schrifttum, z. B. *Düringer-Hachenburg-Hoeniger*, Vorbem. vor § 93 A. 10, 12). Das Vorliegen eines Sittenverstoßes durch Aufnahme dieser Best. oder die Höhe des Betrags, der trotz ungünstiger Vermögensverhältnisse des Kl. noch als angemessen bezeichnet wird, ist abgelehnt. So betrachtet enthält aber der Vertrag auch trotz der in § 10 zugelassenen Ausnahme vom Ausschluß des Rücktritts des Kl. noch eine starke Bindung an seine Vertragspflichten, so daß keine Rede davon sein kann, daß eine ernstliche Festhaltung des Kl. an den vertraglich festgesetzten Verpflichtungen überhaupt nicht gewollt gewesen sei und bestanden habe. Gesetzliche oder vertragliche Möglichkeiten, sich vom Vertrag zu lösen, vermögen dann die Formbedürftigkeit nicht zu heben. Im wesentlichen handelt es sich hier um einen sog. Parzellierungsvertrag mit der Besonderheit, daß durch den beiderseitigen Vertragswillen nicht dem Bekl., sondern dem Hypothekengläubiger T. das Abschluß- und Auflassungsrecht überlassen war. *Der Kl. verpflichtete sich durch den Vertrag, sein Gut an die vom Bekl. aufgebrachten, von T. genehmigten Käufer durch diesen als seinen Bevollmächtigten zu übertragen.* Für derartige Verträge wird aber der Formzwang angenommen (RG. 50, 163; 97, 275; 132, 287; Urt. dieses Sen. v. 15. Dez. 1931, II 142/31). Der Vertrag hatte für den Kl. seine Verpflichtung zur Grundstücksübertragung durch einen Dritten zum Inhalt, nicht nur eine Grundstücksübertragung zum weiteren Ziel. Der Vorderrichter hat die in § 4 festgesetzte Verpflichtung nur in der Richtung zutreffend verwertet, daß sie das eigene Recht des Bekl., die Grundstücke nach seinem Ermessen zu verkaufen und aufzulassen, ausschließe, sie aber in der Bedeutung zu werten versäumt, daß der Kl. das gleiche Recht dem Hypothekengläubiger T. zu überlassen verpflichtet wurde.

War aber der Vertrag mangels der Einhaltung der vorgeschriebenen Form nach § 125 BGB. nichtig, so entfällt damit das aus ihm abgeleitete Recht des Bekl. auf die Vertragsstrafe.

(U. v. 12. Jan. 1932; 287/31 II. — Berlin.) [Ku.]

6. § 415 Abs. 3 BGB. *In der mehrjährigen Zahlung der Hypothekenzinsen in Verbindung mit einer Einforderung einer Abschrift des Hypothekenbriefes und der Rückzahlung des Kapitals durch den Erwerber kann die Mitteilung der Schuldübernahme gefunden werden.*

Die damals noch minderjährige Kl., die durch ihren Vormund vertreten wurde, hat durch Vertrag v. 26. Juli 1918 ein Grundstück in Sp. für einen Preis von 40000 ℳ an den S. verkauft. Von dem Kaufpreise sind 15000 ℳ bar bezahlt und der Rest von 25000 ℳ als Restkaufgeldhypothek eingetragen worden. S. hat das Grundstück durch den Vertrag v. 12. Juni 1919 an die Ehefrau W. verkauft. Dabei hat die Ehefrau W. die Hypothek übernommen und sich verpflichtet, S. von der Verbindlichkeit zu befreien. Durch Vertrag vom 27. Aug. 1920 hat die Ehefrau W. das Grundstück für den Preis von 82000 ℳ an den Bekl. verkauft und aufgelassen. Der Bekl. hat die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis „als eigene Schuld" übernommen. Er hat in der Folgezeit die Zinsen bezahlt und das Kapital i. J. 1923 an den Vormund der Kl., der ihm am 26. März 1923 eine vormundschaftsgerichtlich genehmigte Löschungsbewilligung erteilt hat, ausgezahlt. Die Hypothek ist gelöscht worden.

Die Kl. hat die Hypothek erst i. J. 1927 zur Aufwertung angemeldet und den Bekl. als persönlichen Schuldner in Anspruch genommen. Gegen die Versäumung der Anmeldefrist ist ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt worden. Der Bekl. hat bestritten, der persönliche Schuldner zu sein und hierzu geltend gemacht, daß die Übernahme der Schuld durch ihn der Kl. nicht mitgeteilt sei, daß er aber auch deshalb nicht persönlicher Schuldner sei, weil seine Rechtsvorgängerin, die Ehefrau W., die persönliche Schuld nicht übernommen habe.

Die Kl. verlangt die Feststellung, daß der Bekl. ihr persönlicher Schuldner ist. LG. wies ab, OLG. u. RG. verurteilte.

Das BG. geht zutreffend davon aus, daß die Übernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis nach der Verkehrsauffassung grundsätzlich die Vereinbarung einer befreienden Übernahme auch der persönlichen Schuld in sich schließt (RG. 56, 200; 75, 339[1]): JW. 1918, 376[2]; 1928, 2126[3]). Von diesem Rechtsstandpunkte aus konnte es dazu gelangen, auch die Übernahme der Hypothek der Kl. durch den Bekl. als die Übernahme der persönlichen Schuld aufzufassen. Dies gilt um so mehr, als der Bekl. die Hypothek im § 2 des Kaufvertrages „als eigene Schuld" übernommen hat. Nun ist dem Bekl. allerdings zuzugeben, daß er trotz dieser Vereinbarung dann nicht der persönliche Schuldner der Kl. geworden wäre, wenn nicht auch seine Rechtsvorgängerin, die Ehefrau W., die persönliche Schuld übernommen hätte. Denn in diesem Falle würde die Vereinbarung über die Schuldübernahme gegenstandslos sein, weil es dann an einer persönlichen Schuld, welche der Bekl. hätte übernehmen können, überhaupt gefehlt hätte (RG. 121, 317[2])). Es ist aber nicht zu beanstanden, daß das BG. auch den von der Ehefrau W. mit S. geschlossenen Kaufvertrag i. S. einer befreienden Schuldübernahme ausgelegt hat. Die im § 2 des Vertrages v. 12. Juli 1919 getroffene Vereinbarung, daß die Ehefrau W. zur Befreiung des S. von seiner Schuld an die Kl. ver-

[1]) JW. 1911, 442. [2]) JW. 1928, 2438.

pflichtet sein sollte, hat das BG. ohne Rechtsirrtum dahin verstanden, daß diese Best. nur für den im § 415 Abs. 3 BGB. bereits geregelten Fall der Nichtgenehmigung der Schuldübernahme durch die Kl. Bedeutung haben sollte.

Hinsichtlich der Mitteilung der Schuldübernahme hat das BG. ausgeführt, der Bekl. habe schon lange vor der Klageerhebung von dem Vormund der Kl. eine Abschrift des Hypothekenbriefs erbeten, er habe seit Erwerb des Grundstücks die Hypothekenzinsen an die Kl. bezahlt und schließlich im März 1929 die ganze Hypothekenforderung getilgt, wenn auch nicht jeder dieser Umstände allein geeignet sei, den Beweis für die erfolgte Mitteilung zu erbringen, so ergebe sich doch aus der Gesamtheit dieser Tatsachen, daß eine Mitteilung der Schuldübernahme erfolgt sei. Im Ergebnis ist auch diese Ausführung nicht zu beanstanden. Es ist vom RG. bereits ausgesprochen worden, daß in der jahrelangen Zahlung der Hypothekenzinsen durch den Eigentümer, der die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, die Mitteilung der Schuldübernahme gefunden werden kann (RG.: JW. 1928, 2126 [3]). In dem vom RG. entschiedenen Falle hatte der Eigentümer allerdings die der persönlichen Schuld entsprechenden höheren Zinsen bezahlt, obwohl die dingliche Haftung sich auf einen geringeren Zinssatz beschränkte. Das RG. hat in seinem Urteil aber zum Ausdruck gebracht, daß dieser Umstand lediglich geeignet war, die Feststellung der Mitteilung der Schuldübernahme zu erleichtern, daß diese Mitteilung aber auch schon in der jahrelangen Zinszahlung an und für sich gefunden werden kann (RG. a. a. O.). Hieran ist festzuhalten. Zwar ist der Eigentümer nach § 1142 BGB. auch dann zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist. Aber wenn der Eigentümer die Zinsen jahrelang bezahlt, so ist dies ein Anzeichen dafür, daß er im Verhältnis zum persönlichen Schuldner zur Zinszahlung deshalb verpflichtet ist, weil er dessen Schuld übernommen hat, und da die Übernahme einer hypothekarisch gesicherten Schuld nach der Verkehrsauffassung regelmäßig eine befreiende ist, so kann in der jahrelangen Zinszahlung die Mitteilung der Übernahme auch der persönlichen Schuld gefunden werden. Im vorliegenden Fall hat der Bekl. unstreitig die Hypothekenzinsen von der Übernahme der Hypothek i. J. 1920 bis zur Rückzahlung des Kapitals im März 1923 regelmäßig bezahlt. Wenn das BG. aus dieser Tatsache in Verbindung mit der Einforderung einer Abschrift des Hypothekenbriefs und der Rückzahlung des Kapitals durch den Bekl. gefolgert hat, daß die Mitteilung der Schuldübernahme erfolgt ist, so hält es sich dabei im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO.).

Aber auch die Ausführungen, mit denen das BG. darlegt, daß die Kl. die Schuldübernahme genehmigt hat, sind rechtlich nicht zu beanstanden. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Genehmigung schon in der Annahme der Zinsen und des Hypothekenkapitals gefunden werden kann. Denn jedenfalls ist die Auffassung, daß die Geltendmachung des AufwAnspruchs gegen den Bekl. die Genehmigung seiner Schuldübernahme durch die Kl. enthält, frei von Rechtsirrtum (RG.: JW. 1928, 2126 [3]). Dem steht auch die Behauptung des Bekl. nicht entgegen, daß die Kl. neben ihm auch seine Rechtsvorgängerin, die Frau W., als persönliche Schuldnerin in Anspruch genommen habe. Die Genehmigung der Schuldübernahme ist unwiderruflich. Da die Kl. die Schuldübernahme des Bekl. durch seine Inanspruchnahme als persönlichen Schuldner im AufwVerfahren genehmigt hat, wäre es rechtlich bedeutungslos, wenn sie nachträglich versucht haben sollte, noch auf die Ehefrau W. zurückzugreifen.

(U. v. 15. Febr. 1932; 420/31 VI. — Düsseldorf.) [H.]

7. § 812 BGB.

1. Hat der Pächter eines Grundstücks, der auf dem Grundstück einen Privatanschluß an die Bahn hält, dessen Gleise dem Eigentümer des Grundstücks gehören, einem Dritten als Nebenanschließer die Mitbenutzung des Anschlusses gestattet, so kann daraus für den Grundstückseigentümer ein Bereicherungsanspruch insoweit entstehen, als die Benutzung des Bodens und der Gleise in Frage steht.

2. Als Bereicherung gilt nur der durch den grundlosen Erwerb erlangte Vermögensüberschuß. Dem Empfänger ist zur Bestimmung des Überschusses nicht nur seine Gegenleistung, sondern jeder Nachteil gutzubringen, der mit dem grundlosen Erwerb in ursächlichem Zusammenhang steht.†)

Der Kl. ist Eigentümer eines Industriegeländes mit Anschluß an die südlich davon verlaufende Reichsbahnstrecke S.—H. Nordwestlich schließt sich ein durch das Land des Kl. von der Bahn getrennter Grundbesitz an, dessen früherer Eigentümer dort eine Zeche betrieben hat. Dies Gelände mit anstehenden Halden des stillgelegten Bergwerksbetriebs hat i. J. 1918 der Fabrikant M. zu Eigentum erworben. Schon er hat wegen Mitbenutzung des von dem Kl. angelegten Gleisanschlusses an die Reichsbahn mit dem Kl. und der AktG. S. verhandelt, die als Pächterin des Kl. auf dem östlichen Teil des klägerischen Grundstücks ein Sägewerk betrieb und der Reichsbahn gegenüber Inhaberin des Gleisanschlusses war. M. hat dann zufolge dem Kaufvertrag v. 4. Jan. 1921 das frühere Zechengrundstück an die im Jahre 1919 gegründete zu 1 beklagte OHG. überlassen, deren Gesellschafter die Bekl. zu 2 und 3 sind. Die Bekl. zu 1 hat gleich danach ihren Besitz, auf dem sie eine Metallwarenfabrik betreibt, mit einer Gleisanlage versehen und hat im Einverständnis mit der Firma S., bzw. mit der an ihre Stelle getretenen Tochterfirma Sägewerk H. GmbH., den Anschluß an das auf dem Pachtland liegende Gleis und damit an die Reichsbahn hergestellt. Seitdem hat die Bekl. zu 1 die von dem Kl. hergestellten auf seinem Gebiet liegenden Anschlußgleise im Durchgang zur Reichsbahnstrecke benutzt. Der Kl., der schon i. J. 1923 von den Bekl. Vergütung beansprucht hatte, hat im Januar 1926 Klage darauf erhoben.

Das LG. wies ab, das OLG. stellt den Grund des Klageanspruchs fest. Die Rev. führte zur Zurückverweisung.

Der BerR. hält den Anspruch aus § 812 BGB. für gerechtfertigt.

Die Rev. meint, die Bekl. seien nicht ohne Rechtsgrund bereichert. — Soweit sie ausführt, in der jahrelangen Duldung der Gleisnutzung der Bekl. zu 1 ohne geldlichen Gegenwert sei eine entsprechende Abmachung der Parteien und damit der Rechtsgrund der Nutzung zu finden, stößt die Rev. auf nicht angreifbare tatsächliche Feststellungen.

Der Rev. kann auch ferner nicht gefolgt werden, wenn sie den Rechtsgrund des der Bekl. in der streitigen Zeit zugeflossenen Vorteils in den Bestimmungen der Reichsbahn über Privatgleisanschlüsse sucht. Die Rev. bezieht sich auf § 8 der Allgemeinen Bedingungen für Privatanschlußgleise i. d. Fass. v. 1. Juli 1922: „§ 8 Mitbenutzung des Anschlusses. 1. Der Anschließer hat der Reichsbahn und auch Dritten die Mitbenutzung des Anschlusses ohne oder mit Abzweigung von Nebenanschlüssen zu gestatten, soweit nicht dadurch der regelmäßige Betrieb auf dem Anschluß geschädigt wird. . . . 2. . . . 3. Ein Dritter hat an den Anschließer auf dessen Verlangen für die Mitbenutzung eine Vergütung zu zahlen. Einigen sie sich darüber nicht, so entscheidet die Reichsbahn. Hierbei wird sie den

---

Zu 7. Der Entscheidung wird zuzustimmen sein.

Das Verständnis der Sachlage wird dadurch erschwert, daß bei der Entscheidung eine verhältnismäßig große Zahl von Rechtspersönlichkeiten und von rechtlichen Beziehungen dieser untereinander zu berücksichtigen ist. Namentlich kommt in Betracht, daß der Kl. zwar Eigentümer des Geländes, auf dem der Nebenanschluß liegt, und (wenigstens teilweise) auch des den Nebenanschluß bildenden Gleises ist, daß aber den Anschlußvertrag mit der Eisenbahn nicht er, sondern seine Pächterin abgeschlossen hat.

Im einzelnen geht das RG. davon aus, daß wie der Anschlußvertrag selbst so auch die auf die Mitbenutzung des Hauptanschlusses durch Dritte bezügliche Abmachung in § 8 dieses Vertrags Recht schafft nur zwischen den Parteien des Vertrags, und daß durch die bloße Zulassung des Nebenanschlusses der Nebenanschließer nicht zum Schaden des (an dem Anschlußvertrage ja nicht beteiligten) Kl. bereichert sein kann. So erklärt sich die in der obigen Inhaltsangabe bezeichnete Beschränkung des den Gegenstand der Klage bildenden Bereicherungsanspruchs.

Wirkl. Geh. Rat Fritsch, Wiesbaden.

Zeitwert der gemeinschaftlich benutzten Anlage, die Kosten ihrer Unterhaltung, Erneuerung, Bewachung und Bedienung sowie den Umfang der Mitbenutzung und die dem Anschließer dadurch entstehenden Erschwernisse in Betracht ziehen ..."

Der BerR. hat zutreffend angenommen, daß diese allgemeine Vertragsbedingung Rechtsgeltung nur nach Maßgabe des Vertrags zwischen der Reichsbahn und dem Anschließer erlangen kann. Auf die hier in Frage stehenden Verhältnisse konnte sie deshalb nur kraft der mit der Firma S. (H. GmbH.) geschlossenen Anschlußverträge Einfluß üben und für das Schuldverhältnis der Parteien keinen Rechtsgrund schaffen. Der Gedankengang, in dem die als Sachverständige gehörten Reichsbahnbeamten die angeführte Klausel heranziehen, ist denn auch nicht der, daß sie einen rechtlichen Anspruch der Bekl. zu 1 gegenüber dem Kl. auf Gestattung des Gebrauchs begründen könne; sondern die Gutachter erwägen, ob angesichts dieser Bestimmung die Vermögensstellung des Kl. durch die Nutzung der Bekl. zu 1 eine Einbuße erlitten habe. Das betrifft das Merkmal des § 812 BGB., ob der Vorteil der Bekl. zu 1 „auf Kosten" des Kl. erlangt sei. Diese Erwägung ist zum Nachteil des Kl. schlüssig, soweit es sich um den für den Privatanschlußgleisvertrag wesentlichen Zweck handelt, den Anschließer zur Verbindung mit dem Schienenstrang und dem Verkehr der öffentlichen Bahn zuzulassen (vgl. RG. 58, 269; Nehse, Die Privatgleisanschlüsse der Reichsbahn, Berlin 1931, S. 16). Denn das Hauptanschlußrecht stand in der streitigen Zeitspanne nicht dem Kl., sondern dem Sägewerk H. GmbH. zu, und das Nebenrecht konnte, wie die Bestimmung des § 8 ergibt, nur von ihr und der Reichsbahn nach Maßgabe dieser Regeln erworben werden. Aber im Verhältnis der Parteien handelt es sich um etwas anderes. Nach den Feststellungen des BerR. stehen die von der Bekl. zu 1 laufend benutzten Gleise zum großen Teil im Eigentum des Kl., und weiterhin gehört dem Kl. das Gelände, über das die Wagen rollen. Diese von der Bekl. zu 1 genutzten Werte rechnen also dem Vermögen des Kl., nicht dem des Hauptanschließers zu. Die von der Reichsbahn nach § 8 Abs. 3 zwischen Haupt- und Nebenanschließer festzusetzende Vergütung sieht ein Entgelt für die Bodennutzung nicht vor; und die dort berücksichtigten Kosten der Gleisanlegung können im Verhältnis von Haupt- und Nebenanschließer offenbar nur in Betracht kommen, soweit der Hauptanschließer solche Kosten als die seinen geltend zu machen befugt ist. Für den vorliegenden Fall trifft auch das letztere nach den Feststellungen des BerR. im Verhältnis der Bekl. zu 1 und dem Sägewerk H. GmbH. nicht zu. Aus der angezogenen Reichsbahnvorschrift können deshalb keine Einwände gegen den Klageanspruch hergeleitet werden, soweit es sich um Nutzung von Gelände und Gleisanlage handelt. Daß insoweit Vorteile in Frage stehen, die unter den Begriff der Bereicherung i. S. von § 812 BGB. fallen, ist nicht zweifelhaft (RG. 97, 310).

Der BerR. hat auch in Erwägung gezogen, ob der Rechtsgrund der von der Bekl. gezogenen Nutzung nicht in der schuldrechtlichen Beziehung liegen kann, die zwischen der Bekl. zu 1 und der Firma H. GmbH. besteht. Dabei hat der BerR. nicht verkannt, daß eine rechtlich befugte Gewährleistung der Vorteile durch dieses Schuldverhältnis dem Bereicherungsanspruch des Kl. den Boden entziehen würde (RG. 92, 83; JW. 1903, Beil. Nr. 49; SeuffArch. 63 Nr. 11; JurRdsch. 1925 Nr. 1869; v. Mayr, BerAnsprüche S. 208). Die Bekl. zu 1 hatte insoweit ihre Rechtsbeziehung zu dem Sägewerk H. und dem Kl. mit der eines Untermieters zum Hauptmieter und dem Vermieter verglichen. Der BerR. lehnt den Vergleich ab, weil der Kl. dem Sägewerk sein Anschlußgleis nicht etwa zu dessen ausschließlichem Gebrauch überlassen, sondern ihm nur die Nutzung, unter Vorbehalt der Gestattung auch an andere, eingeräumt habe. Damit ist hinreichend zum Ausdruck gebracht, daß die Berechtigung, die die Bekl. zu 1 von dem Sägewerk erwerben konnte und etwa erworben hat, gegenständlich nur das Anschlußrecht als solches, nicht aber das Recht auf Nutzung des Geländes und der dem Kl. gehörenden Anlage erfaßt hat. Die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs aus § 812 BGB. sind also gegeben.

Die Rev. hält dem BerR. aber schließlich entgegen: wären die Bekl. selbst verpflichtet, dem Kl. die durch die Gleisnutzung erlangten Vorteile als Bereicherung zu erstatten, so gelte das doch nur in dem Maß der Bereicherung. Insoweit rügt die Rev. mit Recht, Verletzung der im Bereicherungsrecht geltenden Grundsätze durch das BU.

Die Bekl. wollen eine Reihe von Aufwendungen, die sie um des Anschlusses willen gemacht haben, der ihnen zugeflossenen Bereicherung entgegenrechnen. So haben sie nach den Feststellungen des BerR. die von ihrem eigenen Grundstück in das Land des Kl. spitz hineinragende Splißparzelle 299/33 dem Sägewerk so zur Verfügung gestellt, daß ein Zweigstrang über die Parzelle hinweg zur Zimmerei der GmbH. auf dem kürzesten Weg geführt werden konnte, sie haben dem Sägewerk auch nach der Behauptung der Beklagten weiteres Land und auf ihrem Gebiet liegende eigene Gleise zum Rangieren und anderen Zwecken überlassen. Der BerR. hat weiter in Erwägung gezogen, daß die Bekl. zu 1 nach ihrer Angabe eine zu dem Pachtland gehörende versumpfte Wiese mit ihren Haldenmassen angeschüttet, endlich daß sie die Unterhaltungs- und Instandsetzungskosten und die an die Reichsbahn zu zahlenden Gebühren mitgetragen hat. Der BerR. meint, alle diese Leistungen der Bekl. seien nicht dem Kl., sondern dem Sägewerk auf Grund von vertraglichen Abmachungen mit diesem gemacht und zugute gekommen. Eine Erhöhung der dem Kl. zufließenden Pacht des Sägewerks sei in keinem Fall die Folge gewesen. Falls der Kl. durch die Anschüttung der versumpften Wiese einen mittelbaren Vorteil gehabt haben sollte, so könne dieser nur einen Teil der Bereicherung der Bekl. ausmachen und müsse im Betragsverfahren berücksichtigt werden.

Mit Recht hält die Rev. für fehlerhaft, daß der BerR. auf den Bestand der Bereicherung nur die von der Bekl. zu 1 geopferten Vermögenswerte gegenrechnen will, die dem Kl. selbst zugeflossen sind. Wie schon aus der Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB. folgt, gilt als Bereicherung nur der durch den grundlosen Erwerb erlangte Vermögensüberschuß. Dem Empfänger ist zur Bestimmung des Überschusses nicht nur seine Gegenleistung, sondern jeder Nachteil gutzubringen, der mit dem grundlosen Erwerb in ursächlichem Zusammenhang steht (vgl. RGRKomm., § 818 Anm. 7 und die dort angezogene Rspr. Diente das Entgegenkommen hinsichtlich der Parzellen- und Gleisenutzung gegenüber dem Sägewerk der Bekl. zu 1 dazu, ihrerseits in den Genuß der von dem Kl. stammenden Vorteile eintreten oder sich darin halten zu können, so ist das eine i. S. der §§ 812, 818 BGB. anrechnungsfähige Werbung des gegenüber dem Kl. grundlosen Vermögenszuwachses. Die gleiche Frage wird hinsichtlich der Aufschüttung der Wiese jedenfalls aufzuwerfen sein. Auch die zur Unterhaltung und Instandsetzung der Gleisanlage des Kl. aufgewendeten Beträge mindern möglicherweise den Wert der aus dem Vermögen des Kl. der Bekl. zu 1 zugeflossenen Bereicherung. Dagegen sind die der Reichsbahn zu entrichtenden Gebühren nur mit der Zulassung zum Reichsbahnverkehr in Zusammenhang stehende, den Erwerb vom Kl. nicht angehende Kosten.

(U. v. 20. April 1931; 92/31 VIII. — Hamm.) [H.]

8. § 885 BGB. **Eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung ist wirksam, auch wenn ihr Rechtsgrund nicht aus dem Grundbuch selbst, sondern aus anderen Urkunden zu erkennen ist.†)**

In § 885 BGB., der für die Eintragung der Vormerkung maßgeblich ist, ist die Angabe des Schuldgrundes des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruchs nicht vorgeschrieben. Demgemäß hat RG.: JW. 1928, 498[30] (betr. Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer EinstwVerf. gemäß § 885 BGB.) ausgesprochen: wenn

---

Zu 8. Die Bedeutung des vorl. Urt. liegt darin, daß das RG. mit aller Deutlichkeit ausspricht, daß eine Vormerkung wirksam ist, auch wenn der Schuldgrund des gesicherten Anspruchs aus der Eintragung im Grundbuch nicht ersichtlich ist. Die gegenteilige Meinung ist weitverbreitet und namentlich vom RG. immer wieder vertreten, besonders in der Entsch. v. 15. März 1906: RJA. 7, 144 = KGJ. 32, A 215; zuletzt noch in dem Beschl. v. 11. Juli 1918:

auch die Angabe des Schuldgrundes in der EinstwVerf., auf Grund deren eine grundbuchliche Eintragung erfolgt sei, stets zweckmäßig sei, so sei es doch zulässig, zwecks Auslegung der Eintragung auf die Begründung des Anspruchs in dem Antrag auf Erlaß der EinstwVerf. zurückzugreifen. Es ist daher nicht zutreffend, daß der Schuldgrund aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein müsse und nicht aus Urkunden außerhalb des Grundbuchs entnommen werden dürfe. Sollten auch die Ausführungen in der Entsch. des 5. ZivSen. v. 22. April 1911 (JW. 1911, 587[32]): „aus § 885 Abs. 2 BGB. sei zwar zu entnehmen, daß bei einer Vormerkung der zu sichernde persönliche Anspruch entweder in dem Eintragungsvermerke selbst oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genau bezeichnet werden müsse; daraus folge indessen nicht, daß nicht die über die Begründung des Anspruchs sich verhaltende Urkunde zum Zwecke der Auslegung berücksichtigt werden dürfe" dahin verstanden werden können, daß grundsätzlich der Schuldgrund des Anspruchs zum mindesten in der Eintragungsbewilligung enthalten sein müsse, so ist diese Ansicht jedenfalls in RG.: Recht 1917 Nr. 210; ZBlFG. 17, 538 Nr. 6386 wieder aufgegeben durch den Ausspruch: „eine Vormerkung zu einer Hypothek sei nicht deshalb unwirksam, weil in ihr nicht der gesicherte Anspruch als ein solcher auf Einräumung einer Hypothek bezeichnet sei, sofern nur sonst zu erkennen sei, daß es sich um einen derartigen Anspruch handle".

Ist demnach die Eintragung des Schuldgrundes bei der Vormerkung nicht grundsätzlich für erforderlich zu erachten, so kommt es allein darauf an, ob bei fehlendem Schuldgrund die Gefahr der Verwechslung verschiedener Schuldgründe besteht (vgl. Güthe-Triebel, Grundbuchordnung § 45 Anm. 22; Rosenberg, Sachenrecht § 885 IV, 4a Abs. 2; Soergel, Komm. zu BGB. § 883 Anm. 4; Warneyer, Komm. zu BGB. § 885 IV; Siber: JheringsJ. 75, 392 ff.). Eine solche Gefahr muß aber vorl. als ausgeschlossen gelten, da die Eintragungsbewilligung der Auflassungsvormerkung dasselbe Datum trägt wie der Kaufvertrag, durch den der damalige Eigentümer B. sein Grundstück an den Kl. verkaufte, und nirgends ersichtlich ist, daß dem Kl. etwa noch ein anderer Anspruch auf Übertragung des Eigentums gegen B. zugestanden habe.

(U. v. 21. Sept. 1931; 147/31 VI. — Stettin.) [Ku.]
<= RG. 133, 267.>

9. 1. Die Grundwasserentziehung und -verdrängung ist abschließend durch das PrWassG. geregelt; die Bestimmungen §§ 906, 907 BGB. finden daneben keine Anwendung.

2. Auf Kleinbahnen i. S. des Ges. v. 28. Juli 1892 findet das PrEisenbG. v. 3. Nov. 1838 keine Anwendung. †)

Die Kl. sind gemeinschaftliche Eigentümer von Friedhofsgrundstücken in B. Die Bekl. hat im Zuge der B.-A.straße eine Untergrundbahn gebaut. Die Kl. behaupten, die Bauarbeiten hätten kurz nach ihrem Beginn eine Veränderung des Grundwasserspiegels derart zur Folge gehabt, daß die Friedhofsbrunnen nicht mehr genügend Wasser ergeben hätten und deshalb tiefer gelegt worden wären. Mit der Klage forderten sie Erstattung der ihnen dadurch entstandenen Unkosten.

Alle Instanzen haben abgewiesen.

§ 196 PrWassG. bestimmt, der Eigentümer eines Grundstücks könne über das auf oder unter der Oberfläche befindliche Wasser verfügen, soweit sich nicht aus diesem Gesetz ein anderes ergebe oder Rechte Dritter entgegenstünden. Nach § 200 WassG. darf der Eigentümer eines Grundstücks das unterirdische Wasser „zum Gebrauch oder Verbrauchen nicht dauernd in weiterem Umfang als für die eigne Haushaltung und Wirtschaft (§ 25 Abs. 4) zutage fördern, wenn dadurch 1. der Wassergewinnungsanlage ... eines andern das Wasser entzogen oder wesentlich geschmälert oder 2. die bisherige Benutzung des Grundstücks eines andern erheblich beeinträchtigt wird ...". Ausgehend von dem Gedanken, daß nach dem vorher geltenden Rechte der Eigentümer über das in seinem Grundstück enthaltene unterirdische Wasser frei verfügen dürfe, hat das PrWassG. nach der vom BU. zutreffend wiedergegebenen Entstehungsgeschichte und nach Wortlaut und Sinn nur in dem angegebenen Umfange diese Verfügungsbefugnis einschränken wollen. Die Voraussetzungen für die Anwendung dieser gesetzlichen Einschränkung fehlen in dem Streitfalle schon um deswillen, weil die Bekl. unzweifelhaft nicht „dauernd" Grundwasser „zutage gefördert" hat. Bei der Entwässerung der Baugrube ist nur Wasser während eines zeitlich beschränkten Bauabschnitts zutage gefördert worden. Die nunmehrige Anlage selbst jedoch verdrängt, soweit sie reicht, dieses Wasser, läßt es aber im Erdinnern und dient nicht dazu, es „zutage zu fördern". Das BG. hat somit das WassG. zutreffend ausgelegt, wenn es im Einklang mit dem Erläuterungsbuche von Holtz-Kreutz-Schlegelberger, 4. Aufl. 1931, zu § 200 verneint, daß die Klage sich auf diese Gesetzesbestimmung gründen lasse. Einer Untersuchung, ob im bloßen Beseitigen unter Umständen ein Gebrauch oder ein Verbrauch des Wassers gefunden werden kann, bedarf es somit nicht mehr.

§§ 906, 907 BGB. kommen schon deshalb nicht in Frage, weil die Frage nach der rechtlichen Bedeutung und den rechtlichen Folgen einer Entziehung des Grundwassers auf dem Gebiete des Wasserrechts liegt, für das das PrWassG. entscheidend ist (RG. 122, 136 ¹)). Aber auch wenn man der Ansicht sein wollte, das Wasserrecht habe nicht abschließend die Grundwasserentnahme und Grundwasserverdrängung geregelt, so fehlt doch der Klage die rechtliche Stütze. Daß §§ 906, 907 BGB. gegen die Entziehung von Grundwasser nicht angewendet werden dürfen, hat der erk. Sen. bereits V 280/12 (RGWarn. 1913 Nr. 96 = JW. 1913, 267) ausgesprochen. Daran ist festzuhalten.

KGJ. 51, 251. Das RG. hat demgegenüber den richtigen Standpunkt nach der Meinung vieler bereits in dem Urt. JW. 1911, 587[32] = Recht 1911 Nr. 2575, jedenfalls aber in der Entsch. v. 16. Dez. 1916: Recht 1917 Nr. 210 = ZBlFG. 17, 538 Nr. 6386 eingenommen. Es ist nur erforderlich, daß der zu sichernde Anspruch in der Eintragung so genau bezeichnet wird, daß er von anderen Ansprüchen unterschieden werden kann; und es genügt, daß seine Identität und sein Inhalt auf irgendeine Weise, z. B. durch übereinstimmende Parteierklärungen oder durch Heranziehung der Urkunde über seine Begründung festgestellt werden kann. Zu diesem Grundsatz bekennt sich die vorl. Entsch.; sie kommt daher m. E. zu dem Ergebnis, daß die zugunsten der Kl. eingetragene Auflassungsvormerkung wirksam und das auf der gegenteiligen Annahme beruhende BU. unrichtig ist.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

Zu 9. Die obige Entsch. ist von grundlegender Bedeutung, da in ihr das RG. zum ersten Male zu den einschlägigen Fragen Stellung genommen hat. Die Berliner Gerichte jeden Grades hatten sich allerdings schon früher des öfteren damit befaßt und einhellig in demselben Sinne entschieden (z. B. KG. v. 25. Juni 1929, 28 U 14893/28 und v. 3. April 1930, 7 U 11298/28). Das Grundwasserrecht ist schon deswegen ein besonderes schwieriges Gebiet, weil die Best. darüber, soweit nicht ausnahmsweise bürgerliches Recht anwendbar ist, durch das ganze WassG. v. 7. April 1913 verstreut sind. (Eine systematische Darstellung ist erstmalig von mir gebracht in „Das Grundwasser nach dem in Preußen geltenden Recht" usw.: Mitt. Nr. 30 des Dtsch. Wasserwirtschaftsverbandes.)

Nach früherem Rechte konnte der Grundstückseigentümer mit dem unter seinem Grundstücke befindlichen Wasser so gut wie schrankenlos schalten und walten und ohne jegliche Nachteile für sich anderen den größten Schaden zufügen. Die in §§ 129 und 131 I 8 ALR. enthaltenen Einschränkungen kamen als zu geringfügig fast gar nicht in Betracht. Das BGB. behielt in Art. 65 EinfG. das Wasserrecht den Landesgesetzen vor, konnte also schon aus diesem Grunde nicht viel an dem früheren Zustande ändern. Nur in ganz seltenen Fällen sind §§ 906 und 909 anwendbar. Eine völlige Umwandlung brachte erst das WassG. v. 7. April 1913, das die Rechte des Grundeigentümers am Grundwasser erheblich beschneidet, namentlich in weitem Umfange Schadensersatzansprüche wegen Grundwasserentziehung gewährt. Die Regelung ist aber in äußerst komplizierter Weise erfolgt, so daß hier im einzelnen nicht darauf eingegangen werden kann. Der oben wiedergegebene § 196 WassG. erhält im Prinzip die Verfügungsgewalt des Grundeigentümers über das unterirdische Wasser unter seinem Grundstücke aufrecht, verweist aber dabei auf die im Ges. enthaltenen Beschränkungen, die recht zahlreich sind.

Von wesentlicher Bedeutung ist der — in obiger Entsch. nicht erwähnte, aber auch bei ihr angewendete — Grundsatz, daß dem Grundeigentümer derjenige gleichgestellt ist, der mit seiner (auch ganz formlosen) Genehmigung auf seinem Grundstücke Wasser zutage

¹) JW. 1929, 937.

Das PrEisenbG. v. 3. Nov. 1838 findet auf die Untergrundbahn keine Anwendung. Diese gehört zu den Kleinbahnen i. S. des PrKleinBG. v. 28. Juli 1892 (vgl. Hein und Krüger, 1929, 1 S. 29, 2 S. 133). Die Bahn dient lediglich dem örtlichen Nahverkehr. Es kam daher nicht auf § 25 PrEisenbG. und die — vom erk. Sen. zuletzt in RG. 133, 342 erörterte — Rspr. hierzu an.

(U. v. 17. Nov. 1931; 222/31 V. — Berlin.) [Sch.]

10. §§ 912 ff. BGB. Die Vorschriften über den Überbau finden keine Anwendung auf die Grunddienstbarkeit. †)

Die Bekl. hatte in erster Linie die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften verlangt, die dem Nachbar die Duldung eines Überbaus gegen Zahlung einer Rente auferlegen, wenn der Eigentümer den Bau ohne Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ausgeführt hat. Zum letzten Punkt macht sie geltend, ihre Architekten hätten geglaubt, mit dem Bau die Grenze der Grunddienstbarkeit einzuhalten, und erst im Laufe des Rechtsstreits ihre Ansicht geändert. Das BG. nimmt aber an, daß jene Bestimmungen für die Grunddienstbarkeit nicht gelten, und sieht deshalb von einer Prüfung der Schuldfrage ab. Die Rev. beharrt auf dem gegenteiligen Rechtsstandpunkt, weil die Dienstbarkeit nicht stärker sei als das Eigentum und in einem Fall der vorliegenden Art dieselben wirtschaftlichen Erwägungen gegen sich habe; das in den Gründen erwähnte Urt. RG. 48, 262 aber einen anderen Fall behandle. Letzteres ist richtig. Das RG. hat indessen auch in Fällen der vorliegenden Art die Anwendung der §§ 912 f. BGB. abgelehnt, zunächst RG. 47, 356 f., dann JW. 1902, Beil. Nr. 175, schließlich RG. 87, 371[1]); vgl. schon JW. 1907, 301, und die Grundgedanken dieser Auffassung liegen auch anderen Entsch. zugrunde (RG. 65, 361[2]); 72, 272[3]); RGWarn. 1910 Nr. 335). Die Rechtsfrage hat damit freilich nicht ihre Erledigung gefunden. Während Biermann, Planck, RGRKomm., Staudinger, Turnau-Förster, Warneyer, sämtlich zu den §§ 912 und 916 BGB., auch Gierke S. 435 Nr. 74, dem RG. zustimmen, wird die Rspr. von anderen Schriftstellern (v. Tuhr: JheringsJ. 46, 54; Enneccerus-Wolff III, 165 f.; Krückmann: ArchZivPr. 101, 41 f.; Meisner-Stern, Preuß. Nachbarrecht S. 264 f., 293) bekämpft, vgl. auch Dernburg III, 282. Es werden dafür hauptsächlich die Erwägungen vorgebracht, die dem RG. schon bei seiner ersten Entsch. aus dem Urteil des OLG. Hamburg: SeuffArch. 57 Nr. 8 bekannt waren. An der bisherigen Beurteilung muß jedoch festgehalten werden. Nicht richtig ist es, aus § 251 Abs. 2 BGB. Schlüsse zu ziehen. Er gibt dem Schadensersatzpflichtigen das Recht, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Herstellung des früheren Zustandes nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Aber die Schadensersatzpflicht geht eben vielfach nur auf wirtschaftliche Herstellung des früheren Zustandes. Jene Abfindungsbefugnis hat der Schädiger dann auch ohne Rücksicht auf das Maß des Verschuldens, das ihm gewöhnlich zur Last fällt. Die Beseitigung des Überbaus kann der Nachbar, auf dessen Grund er steht, nach § 912 BGB. hingegen nur dann nicht verlangen, wenn dem Bauenden weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Das Gesetz ordnet diesen Tatbestand also grundsätzlich anders, läßt nämlich das Recht des Verletzten in stärkerem Maße gelten und trägt der wirtschaftlichen Erwägung, die für die Erhaltung stehender Bauten spricht, nur in beschränktem Umfang Rechnung. Bei der Frage, ob diese Regel auf den Fall übertragen werden kann, wo kein fremdes Land überbaut worden ist, aber der Eigentümer durch den von einem Teil seines Grundstücks auf den anderen übergreifenden Bau eine auf diesem Teil lastende Grundgerechtigkeit verletzt habe, entscheidet nicht die Erwägung, daß die Grundgerechtigkeit kein stärkeres Recht sei als das Eigentum. Das nimmt freilich auch das Gesetz an, da es nach § 916 BGB. dem auf fremdes Eigentum Überbauenden die Befugnis gibt, denjenigen, der an dem fremden Grundstück eine Dienstbarkeit hat, gleichfalls durch eine Rente

[1]) JW. 1916, 403. [2]) JW. 1907, 300. [3]) JW. 1910, 60.

fördert. Soweit nicht etwa § 909 BGB. entgegensteht, kann er es ohne Rücksicht auf nachteilige Folgen für Dritte tun, wenn: a) es für die eigene Haushaltung und Wirtschaft geschieht, b) nicht zum Zwecke des Gebrauchs oder Verbrauchs des Wassers erfolgt, c) nicht dauernd vorgenommen wird (§ 200 WassG.). Die Zutageförderung im Rahmen des Falles a ist also schrankenlos, eine darüber hinausgehende, wie sie der obigen Entsch. zugrunde lag, dann statthaft, wenn nicht die Voraussetzungen von b und c vorliegen. Und zwar muß gegen beide Verbote gleichzeitig verstoßen werden, um die Zutageförderung rechtswidrig zu machen. Deshalb konnte sich das RG. darauf beschränken, das Fehlen der einen Voraussetzung festzustellen, nämlich der dauernden Zutageförderung. Die beiden Vorinstanzen hatten auch noch die Zutageförderung zum Zwecke des Gebrauchs oder Verbrauchs verneint, und mit Recht. Denn der Gebrauch oder Verbrauch stellt eine Benutzung der Substanz des Wassers dar. Ein solcher hat hier aber nicht vorgelegen, sondern gerade das Gegenteil davon, nämlich die Entfernung lästigen Wassers.

Die eisenbahnrechtlichen Ausführungen des RG. entsprechen seinem früheren Standpunkte und bieten zu Bemerkungen keinen Anlaß.

RA. Max Herrmann, Berlin.

Zu 10. Das vorl. Urteil nimmt zu der wiederholt erörterten Frage, ob die Vorschr. über den Überbau (§§ 912 ff. BGB.) auch auf den Fall, daß der Grundeigentümer auf eigenem Grund und Boden baut, aber durch den Bau eine auf seinem Grundstück ruhende Grunddienstbarkeit verletzt, erneut Stellung und verneint wie bisher die Analogie.

Das RG. betont die Verschiedenheit der Rechtslage von dem in §§ 912 ff. geregelten Falle: hier habe der Eigentümer, der den Überbau vornehme, keine rechtlichen Beziehungen zu den an dem Nachbargrundstück bestehenden Rechten, während er in dem zur Entsch. stehenden Falle kraft der auf seinem Grundstück ruhenden Last die dingliche Pflicht zur Unterlassung des Baues gehabt habe. Gewiß besteht dieser Unterschied, aber in jedem Falle analoger Rechtsanwendung bestehen Unterschiede (sonst würde ja unmittelbare Rechtsanwendung geboten sein), es fragt sich aber, ob die Gleichheiten der Lage nicht überwiegen und die Analogie rechtfertigen. Gleich aber ist die Lage insofern, als durch den Überbau in fremdes Recht eingegriffen wird, in dem gesetzlichen Regelfalle in das Eigentum an einem fremden Grundstück und in die daran bestehenden Rechte (vgl. § 916), in dem hier zur Entsch. stehenden Falle aber in ein am eigenen Grundstück des Überbauenden bestehendes Recht. Gleiche Rücksicht in diesem Falle heischt die Tendenz, die der gesetzgeberische Anlaß zu der Regelung der §§ 916 ff. gewesen ist, nämlich die volkswirtschaftlich schädliche und zwecklose Vernichtung neuer Gebäulichkeiten zu verhindern. Gleich ist die Interessenlage der Beteiligten. Mir scheint, daß diese Ähnlichkeiten den Vorrang beanspruchen und verdienen vor jenem Unterschied, und es wäre eine begrüßenswerte Tat gewesen, wenn sich das RG. zur Anwendung der Analogie entschlossen hätte. Für deren Ablehnung spielt keine Rolle der Umstand, daß in der 2. Komm. ein entsprechender Antrag abgelehnt worden ist; solange nicht das Gegenteil gesetzlich verordnet wird, ist der Richter kraft der Analogie nicht gehindert, einsichtiger zu sein, als es die an der Schaffung des Gesetzes beteiligten Personen gewesen waren. Auch das argumentum ad hominem, die Analogie der §§ 912 ff. würde die Einhaltung der sich aus einer Grunddienstbarkeit ergebenden Pflichten nicht unbedingt sichern lassen, überzeugt nicht; die Kautelen des § 912 sind so groß, daß nur ausnahmsweise die Analogie in Frage käme, dann aber berechtigt wäre. Aber es ist immer so: der Gegner einer Analogie wird unschwer Gründe finden, die die Unterschiede hervorheben und steigern; es muß der Wille und die Bereitschaft zu dem fortschrittlichen und stets besseren Mittel der Analogie vorhanden sein!

Noch auf einem zweiten Wege ist versucht worden, das schädliche und zwecklose Vernichten neuer Gebäude hintanzuhalten, mit Hilfe von § 251 Abs. 2 BGB. Wie alle in dem Recht der Schuldverhältnisse stehende und für Schuldverhältnisse bestimmte Vorschr. findet auch diese auf dingliche Rechtsverhältnisse und dingliche Ansprüche keine unmittelbare Anwendung (mehr sagt RG. 51, 411 nicht), aber damit ist über die Frage der analogen Anwendbarkeit noch nicht entschieden (für Analogie vor allem v. Tuhr: JheringsJ. 46, 54/55; F. Regelsberger: das. 58, 170/71). Für die Analogie spricht die m. E. entscheidende Erwägung, daß der in der Regel nur kraft Verschuldens Haftende nicht besser gestellt zu werden verdient, als der ohne Verschulden zur Herstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden Rechtszustandes Verpflichtete. Jedenfalls hat das RG. nicht nur den § 281 auf dingliche Ansprüche angewendet (RG. 105, 88; anders allerdings neuerdings RG. 115, 31 = JW. 1927, 1141), sondern vor allem in dem Falle JW. 1922, 1513[2] = DJZ. 1922, 625/26 der Klage des Auszüglers gegenüber auf Erbauung des in dem Auszugsvertrage versprochenen Häuschens gegen den Rechtsnachfolger des Ersterwerbers zwar nicht den Einwand der Unmöglichkeit, aber den gleichgerichteten, von manchem für identisch gehaltenen Einwand der Nichtzumutbarkeit der Leistung gem. §§ 157, 242 BGB. zugelassen. In einem Fall wie dem vorl. steht allerdings der uneingeschränkten Analogie des § 251 Abs. 2

abzufinden. Es fragt sich vielmehr, ob die Rechtslage in einem Fall der vorliegenden Art im wesentlichen dieselbe ist. Das muß verneint werden. Der Unterschied besteht darin: In den gesetzlich geregelten Fällen hat der Eigentümer, der den Überbau vornimmt, zu den am Nachbargrundstück bestehenden Rechten keine rechtlichen Beziehungen, wenn er sie auch bei ihrem dinglichen, also absoluten Charakter ebensowenig verletzen darf wie jeder Dritte. In dem hier zu entscheidenden Falle war der Eigentümer hingegen schon vor und bei der Vornahme des Überbaus der — dingliche — Schuldner des Nachbarn. Er hatte ihm gegenüber die besondere durch den Vertrag der Besitzvorgänger begründete Verpflichtung, die Ausführung des Baues zu unterlassen. Die Anwendung der §§ 912 f. BGB. auf einen derartigen Tatbestand würde bedeuten, daß es keine rechtliche Möglichkeit gäbe, die Einhaltung einer solchen Verpflichtung unbedingt zu sichern, daß der Schuldner sie vielmehr nicht mehr zu erfüllen braucht, wenn und soweit er ihr schuldlos oder zwar schuldhaft, aber ohne grobes Verschulden zuwidergehandelt hat. Diese Folge wäre eine weitere Abschwächung der dinglichen Rechte, die aus dem Zweck des Gesetzes nicht abzuleiten ist. Die Entstehungsgeschichte zeigt vielmehr, daß die bei der Beratung des Gesetzentwurfs freilich angeregte Ausdehnung der den Überbau betreffenden Vorschriften auf diesen Fall von der 2. Kommission abgelehnt worden ist (Prot. III S. 324 f.).

(U. v. 11. Juli 1931; 51/31 V. — Hamm.) [Sch.]

****11.** 1. Wenn aus der ReichsVO. v. 13. Febr. 1924 über die Vereinfachung der Genossenschaftsbildung und Förderung der Ödlanderschließung eine Verpflichtung der Grundstückseigentümer zu entnehmen sein sollte, im Falle des Art. I § 2 die Kosten der Kultivierung zu erstatten, so würde eine Streitigkeit darüber der Entsch. der ordentlichen Gerichte entzogen sein.

2. Eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung wird durch ihre Anerkennung zu einer privatrechtlichen nur dann, wenn der Schuldner damit einen neuen selbständigen Schuldgrund schaffen will.†)

(U. v. 30. Sept. 1931; 220/31 IX. — Celle.) [H.]

<= RG. 133, 301.>

Abgedr. JW. 1931, 3601[1].

---

2. Aufwertung.

12. § 65 AufwG.; § 242 BGB. Bei Aufw. eines in österr. Kronenwährung zahlbaren Anspruches kommt § 65 AufwG. nur im Rahmen des § 242 BGB. in Betracht.†)

Der Bekl. hat am 14. Mai 1916 bei der Prager Filiale der damaligen K. K. priv. Österreichischen Kreditanstalt für Handel und Gewerbe für die vierte österreichische Kriegsanleihe 50000 Kronen 5½%iger Staatsanleihe und den gleichen Betrag 5½%iger Staatsschatzscheine gegen Beleihung gezeichnet. Die Kl. fordert aus abgetretenem Rechte der erwähnten Bankstelle die Begleichung des auf den 31. Dez. 1928 auf 167090 Tschechenkronen berechneten Schuldsaldo des Bekl. oder eines entsprechenden Reichsmarkwertes nebst Verzinsung. Sie beruft sich zur Begründung in erster Linie auf die Ansprüche, welche ihr gegen den Bekl. auf Grund des mit ihm geschlossenen Kommissions und Darlehensvertrages unter dem Einfluß der tschechoslowakischen Währungsgesetzgebung erwachsen seien, hält den Klageanspruch weiter aber auch als Schadensersatzforderung auf Grund Verzuges des Bekl. und als AufwAnspruch und danach auch dann für begründet, falls nicht, wie sie annehme, tschechoslowakisches, sondern deutsches oder österreichisches Recht zur Anwendung zu kommen haben sollte.

Die Vorinstanzen haben abgewiesen, das RG. hat wegen des Klagegrundes der Aufw. aufgehoben.

Als Klagegrundlage verbleibt lediglich die Aufw. nach deutschem Recht. Für die Bemessung der AufwForderung kommt, wie bereits im RGUrt. v. 14. Jan. 1931, I 282/30 ausgesprochen ist, diejenige zur Zeit maßgebende Währung in Frage, in welche die Währung, in welcher die AufwForderung erwachsen ist, umgewandelt worden ist, also die heutige österreichische Währung. Die Sachlage ist jedoch hier die gleiche, wie in dem erwähnten früheren Urteil, daß es der Kl., welche die Zahlung eines dem geforderten Tschechenkronenwert entsprechenden Reichsmarkbetrages in das Belieben der Gegenseite gestellt hat, auf den Wert der von ihr geforderten Leistung, nicht auf die Zahlung in der geforderten Währung ankommt. Bedenken gegen die Zusprechung eines der Aufw.-Forderung österr. Währung entsprechenden Reichsmarkbetrages bestehen daher nicht.

Das BG. hat die Aufw. der Schuld des Bekl. mit der Begr. abgelehnt, die Aufw. erscheine gemäß § 65 AufwG. unbegründet; bei dem Klageanspruch handle es sich um die Forderung aus einer laufenden Rechnung; wenn man schon

---

entgegen, daß § 912 BGB. in dem ausdrücklich geregelten Falle des Überbaus auf ein fremdes Grundstück die Herstellung des früheren Zustandes fordert, wenn dem Überbauer Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, während § 251 Abs. 2 auch bei größtem Verschulden Platz greift. Die Analogie von § 251 Abs. 2 in einem Falle wie dem vorl. dürfte daher nicht unter Außerachtlassung der von § 912 aufgerichteten Schranken geschehen (ein Beweis, daß die Analogie der §§ 912 ff. zweckmäßiger ist als die Analogie des § 251 Abs. 2). Wenn aber das RG. in dem vorl. Urt. wegen der Sonderregelung des § 912 die analoge Anwendung des § 251 Abs. 2 ablehnt, obwohl es doch § 912 anzuwenden ebenfalls ablehnt, so kommt einem unwillkürlich der Vergleich mit jenem Kaffeehausgast, der sich erst ein Stück Torte geben läßt, das er dann gegen ein Glas Kognak eintauscht, und den Kognak zu zahlen sich weigert, weil er dafür das Stück Torte hergegeben habe, das Stück Torte aber nicht bezahlen will, weil er es ja nicht gegessen habe.

Jedenfalls werden sich die in dem Urt. aufgeführten Anhänger der Analogie, zu denen noch besonders Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 73/4 u. 222/3 (Hinweis auch auf § 904 BGB.!) zu zählen ist, durch die Ausführungen des vorl. Urt. nicht überzeugen lassen, sondern die Hoffnung nicht aufgeben, das RG. noch für ihren Standpunkt zu gewinnen.

Prof. Dr. L. Rosenberg, Gießen.

Zu 11. Der Entsch. ist zuzustimmen. Ohne weiteres darin, daß ein öffentlich-rechtlicher Anspruch nicht zum privatrechtlichen wird durch das bloße Hineinspielen privatrechtlicher Tatbestände wie die hier gegebenen: Anerkennung, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung, Besitzerlage in der Vindikation. Hieraus folgt, wie das RG. treffend sagt: „höchstens eine entsprechende Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften", „deren Zulassung aber dem Rechtsverhältnis den öffentlich-rechtlichen Charakter nicht nehmen würde". — Für die Feststellung und Durchsetzung des Anspruchs gilt also ausschließlich das Verwaltungsrecht, nicht die ZPO.

Zweifel sind dagegen möglich gegenüber dem Zugeständnis des RG., daß eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu einer privatrechtlichen durch ihre Anerkennung dann wird, wenn der Schuldner damit einen neuen selbständigen Schuldgrund schaffen will. Also: ein Steuerschuldner hat dem Steuereinnehmer gegenüber seine Schuld ausdrücklich anerkannt; soll nun diesem Anerkenntnis gegenüber jene einigermaßen subtile Unterscheidung Platz greifen und gegebenenfalls, wegen Vorliegens eines „neuen selbständigen Schuldgrunds", diese Steuerschuld im gewöhnlichen Zivilprozeß eingeklagt und vollstreckt werden können?! — Nihil hoc ad edictum praetoris, — das mögen also die Verwaltungsrechtler unter sich ausmachen. Walter Jellineks Äußerung (VerwR., 1928, S. 51): „Was öffentlich-rechtlich ist, kann auch nicht auf Umwegen privatrechtlich gemacht werden", scheint aber eher für die Verneinung des vom RG. zugelassenen „Umweges" zu sprechen. Aber auch im hiesigen BundG. waren bei Erörterung des Problems nach Schweizer Recht die verneinenden Stimmen überwiegend: „Öffentliches Recht bleibt öffentliches Recht!"

Aus dem nicht abgedruckten Teil der RGEntsch. sei ein Satz mitgeteilt, der meine Ausführungen (JW. 1931, 2646) über die öffentlich-rechtliche Bedeutung der gemeinnützigen Siedlungs-GmbH. aus dem RSiedlG. erfreulich bestätigt: „Die DOEKult. sei allerdings eine GmbH. und als solche Person des Privatrechts gewesen, sie habe aber durch die ihr vom Staate erteilte Ermächtigung eine doppelte Rechtsstellung erhalten; wenn sie auf Grund dieser Ermächtigung Landgebiete für ihre Arbeit in Anspruch genommen habe, so habe sie damit ihr vom Staate übertragene staatliche Hoheitsrechte ausgeübt."

Prof. Dr. H. Erman, Lausanne.

Zu 12. In dem nicht abgedruckten Teil der Gründe billigt das RG. die Entsch. des BG., daß das Rechtsverhältnis nach deutschem

die Aufwertung einer auf österr. Kronen lautenden Schuld nach deutschem Recht gemäß RG. 120, 70[1]) zulasse, so könne auch § 65 AufwG. nicht unberücksichtigt bleiben.

Die Rev. rügt an diesen Erwägungen, die vorl. Aufw-Forderung sei an sich zu Unrecht dem AufwG. unterstellt, außerdem seien auch die Voraussetzungen einer laufenden Rechnung nicht gegeben.

Der zweite Angriff ist unberechtigt. Es handelte sich bei den Beziehungen der Parteien um eine auf die Dauer berechnete Geschäftsverbindung, bei welcher für bestimmte Zeitabschnitte die Forderungen der Kl. an Stammschuld und Zinsen und die Gegenleistungen des Bekl. an unmittelbaren Zahlungen und sonstigen Gutschriften auf Grund von Zinseingängen und Rückzahlungen ausgeloster Stücke zusammengestellt und gegeneinander verrechnet wurden, das Ergebnis dieser Verrechnung aber als neue Stammschuld vorgetragen wurde. Erfolgt eine solche Art der kaufmännischen Buchung auf Grund einer Vereinbarung der Parteien, so sind die Voraussetzungen der laufenden Rechnung i. S. des § 65 AufwG. erfüllt (RG. 117, 35[2]); Zeiler, AufwFälle Bd. 1 Nr. 345, Bd. 3 Nr. 831, Bd. 7 Nr. 1415, Bd. 9 Nr. 1929). Eine Vereinbarung solcher Art kann auch stillschweigend auf Grund unbeanstandet erfolgter Übung zustande kommen (vgl. z. B. RG. 117, 35[3]); Zeiler, AufwFälle Bd. 3 a. a. O.). Eine solche Einigung kann ohne Rechtsbedenken auch im vorl. Fall angenommen werden auf Grund der Feststellung des BG., daß der Bekl. gegen diese Art der Berechnung seiner Schuld Jahre hindurch Einwendungen nicht erhoben habe.

Beizutreten ist der Rev. in der Auffassung, daß eine unmittelbare Anwendung der Bestimmung des § 65 AufwG. auf eine Aufwertungsforderung österr. Währung nicht zulässig ist. Das ist auch bereits aus den Erwägungen des erwähnten früheren reichsgerichtlichen Urteils zu entnehmen. Dort ist ausdrücklich § 242 BGB. als Grundlage des klägerischen AufwAnspruchs bezeichnet und außerdem auf die Entsch. RG. 120, 70[4]) Bezug genommen, welche die Aufwertbarkeit einer Forderung in ausländischer Währung aus gleicher Rechtsgrundlage herleitet und auf die grundlegende Bedeutung des § 1 AufwG. für die Beschränkung der Anwendung des Ges. auf unmittelbare Markforderungen hinweist (S. 74 und 75 dortselbst). Daß das BG., welches auf beide Urteile Bezug nimmt, von anderer Rechtsauffassung ausgegangen ist, ist kaum anzunehmen. Seine Ausdrucksweise, die Vorschr. des § 65 AufwG. könne im vorl. Fall nicht unberücksichtigt bleiben, wenn man schon die Aufw. einer Schuld österr. Währung zulasse, kann auch in dem Sinn verstanden werden, in welchem in dem früheren Urteil dieses Senats auf diese Bestimmung hingewiesen ist: Daß nämlich bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, die gem. § 242 BGB. zu erfolgen habe, nicht unberücksichtigt bleiben dürfe, daß nach deutschem Recht unmittelbaren Markforderungen aus laufender Rechnung die Aufw. überhaupt versagt sei. Die Auffassung des BG. ginge dann dahin, daß die Aufw. aus § 242 BGB. mit Rücksicht auf die für unmittelbare Markforderungen aus laufender Rechnung bestehende Vorschr. des AufwG. im vorl. Falle aus Billigkeitsgründen zu einer Aufw. nicht führen könne.

Daß die Rücksicht auf diese Vorschr. allein in Fällen wie dem vorl. nicht ohne weiteres zu einer Ausschließung der Aufw. führen kann, ergibt sich bereits aus dem früheren Urteil des Senats. Es müssen bei freier Aufw. immer sämtliche Umstände des Einzelfalls geprüft werden, die für einen billigen Ausgleich der Wirkungen der Geldentwertung von Bedeutung sein können. Das schließt allerdings nicht aus, daß einem Umstand i. S. der Entsch. gegen und für die Aufw. und für das Maß der Aufw. besondere Bedeutung beigelegt werden kann. Diese Bedeutung kann bei geeigneter Sachlage auch die Vorschr. des § 65 AufwG. haben. Es kann eine erhebliche Anzeige für die Unbilligkeit eines AufwVerlangens bilden, daß dem aus laufender Rechnung Verpflichteten die

---

Recht zu beurteilen sei (Erfüllungsort in Deutschland) und das tschechische Währungsges. v. 10. April 1919 auf die nach deutschem Recht zu beurteilenden Rechtsbeziehungen der Parteien ohne Einfluß sei (vgl. hierzu RG. 126, 196 = JW. 1930, 2209), und verwirft den Klagegrund des Verzuges. Es war daher nur noch über die Frage zu entscheiden, ob nach deutschem Recht Aufwertung zulässig sei. Das RG. hält an RG. 120, 70 = JW. 1928, 1197 fest, daß nach deutschem Recht zu beurteilende österreichische Kronenforderungen in Gemäßheit des Grundsatzes des § 242 BGB. der Aufwertung unterliegen. Das Vorhandensein einer laufenden Rechnung wird in Übereinstimmung mit früheren Entsch. bejaht: allerdings werden die in RG. 117, 34 = JW. 1927, 1837; Zeiler Nr. 731 (nicht 831) als wesentliche Merkmale für die Annahme einer laufenden Rechnung bezeichneten Umstände (Verzinsung des Saldos, auch wenn schon Zinsen darunter begriffen sind, Übersendung der regelmäßigen Abschlüsse und deren Anerkennung) nicht ausdrücklich festgestellt, es darf aber wohl angenommen werden, daß sie im vorl. Falle gegeben waren. Daß die Vorschr. des § 65 AufwG. keine unmittelbare Anwendung zu finden hat, kann nicht zweifelhaft sein. Denn nach § 1 bezieht sich das ganze AufwG. nur auf Markforderungen oder Forderungen in einer anderen nicht mehr geltenden inländischen Währung. Die Entsch. des Rechtsstreits spitzt sich daher auf die Frage zu, ob bei der Würdigung aller für die Aufwertung einer Kronenforderung nach § 242 BGB. bedeutsamen Umstände die Tatsache zu berücksichtigen ist, daß nach deutschem Recht gemäß § 65 AufwG. Markforderungen aus laufender Rechnung die Aufwertung überhaupt versagt ist.

Das RG. nimmt unter Bezugnahme auf eine frühere Entsch. (Zeiler Nr. 1929, s. auch die gleich zu erwähnende Entsch. RG. 121, 207 = JW. 1928, 2821) an, daß die maßgebenden Beweggründe der Vorschr. des § 65 mit Sicherheit nicht festzustellen seien, es sieht also § 65 als eine rein positive Vorschr. an. Ich halte diese Auffassung für bedenklich. Sie hat dahin geführt, daß das RG. auch sonst lediglich den Wortlaut des § 65 seinen Entsch. zugrunde gelegt hat, ohne zu prüfen, ob nicht mit Rücksicht auf den gesetzgeberischen Grund eine einschränkende Auslegung geboten ist, und § 65 deshalb auch auf den Fall angewendet hat, daß das Rechnungsverhältnis schon vor Eintritt der eigentlichen Geldentwertung abgebrochen worden ist, obwohl in diesem Falle schlechterdings kein rechtfertigender Grund dafür zu erkennen ist, daß der festgestellte Schlußsaldo nicht ebenso wie andere Forderungen unter Zugrundelegung seines Wertes zur Zeit der Feststellung aufgewertet werden soll (vgl. hierzu Urt. des RG. v. 6. Juni 1928: RG. 121, 207 = JW. 1928, 2821 gegen meine Ausführungen in Anm. 3 zu § 65; Neukirch Anm. 4 zu § 65; Levis, Aufwertung von Hypotheken S. 11). Geht man davon aus, daß § 65 eine rein positive Vorschr. sei, so halte ich es nicht für richtig, aus ihrem Bestehen einen Grund für die Versagung der Aufwertung für eine dem § 65 nicht unterliegende Forderung herzuleiten. Denn Vorschr. dieser Art sind zur entsprechenden Anwendung nicht geeignet, und daraus, daß in einem besonderen Falle eine Aufwertung einer Markforderung nach deutschem Recht nicht stattfindet, kann m. E. ebensowenig geschlossen werden, daß auch die Aufwertung einer Kronenforderung unzulässig ist, wie im umgekehrten Falle aus der Zulässigkeit der Aufwertung einer Markforderung nicht hergeleitet werden kann, daß auch Forderungen der gleichen Art, die auf ausländische Währung lauten, aufzuwerten sind. Es ist aber nicht so, daß § 65 lediglich eine positive Vorschr. darstellt, deren Motive nicht erkennbar sind. Zwar fehlt es an einer Darlegung der Motive in den Gesetzesmaterialien, und es mögen Zweifel darüber bestehen, ob es gelingt, die entscheidenden Gesichtspunkte erschöpfend festzustellen. Dies darf aber nicht hindern, zu prüfen, ob aus allgemeinen Erwägungen heraus bestimmte Gründe für die in § 65 angeordnete Versagung der Aufwertung sprechen, und ob nicht deshalb die Aufwertung abzulehnen ist, wenn nur die allgemeine Regel des § 242, nicht die besondere Vorschr. des § 65 Platz greift. Über den gesetzgeberischen Gedanken des Verbots spricht sich ein bei Schlegelberger-Harmening Anm. 4 zu § 65 mitgeteiltes Urt. des KG. aus. Das KG. legt Wert auf die Schwierigkeiten und Weiterungen, welche die Aufwertung eines Saldos in der Regel im Gefolge haben müßte, und verweist darauf, daß wer in den letzten Jahren der Markentwertung sich auf die Abrede einer laufenden Rechnung einließ, die Möglichkeit der Entwertung seines etwaigen Saldoanspruchs ins Auge fassen und mit ihr rechnen mußte. Mir scheint ein wesentlicher Grund für die Vorschrift des § 65 darin zu finden zu sein, daß bei laufenden Rechnungen nach der besonderen Natur dieses Rechtsinstituts die Einzelforderungen in dem Saldo aufgehen und der Saldoanspruch als in dem Zeitpunkt des Rechnungsabschlusses entstanden anzusehen ist, woraus sich ergibt, daß bei Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses bis Ende 1923 der Anspruch aus dem Kontokorrent als wertlos geworden zu betrachten ist. Die Gründe, welche sich für die Nichtaufwertung von Markansprüchen aus Kontokorrenten geltend machen lassen können, treffen zum Teil auch für Kontokorrente in ausländischer Währung zu, aber doch nicht in vollem Umfange. Wäre im vorl. Falle das Kontokorrent in österreichischer Währung geführt worden, so würden ähnliche Erwägungen wie bei der Mark anwendbar sein. Das Kontokorrent ist aber in tschechischer Währung geführt worden, und wenn auch hieraus nicht zu folgern sein mag, daß eine Umstellung des Schuldverhältnisses

[1]) JW. 1928, 1197. [2]) JW. 1927, 1837. [3]) JW. 1927, 1837.

[4]) JW. 1928, 1197.

in § 65 AufwG. zu seinen Gunsten nun einmal getroffene Vorschrift, deren maßgebende Beweggründe mit Sicherheit nicht festzustellen sind (Zeiler, AufwFälle Bd. 9 Nr. 129), nur deshalb nicht zur Seite steht, weil die Grundforderung aus irgendwelchen Ursachen in ausländischer Währung bemessen ist. Diese Erwägung kann von Bedeutung für Grund und Maß der Aufw. sein. Dagegen kann kaum ins Gewicht fallen, daß der tschechoslowakische Schuldner aus laufender Rechnung, die tschechoslowakischem Recht untersteht, eine österr. Kronenschuld mit Tschechenkronen bezahlen muß, wie dies die Rev. geltend macht. In Betracht gezogen werden kann in der zur Erörterung stehenden Hinsicht nur die Stellung, welche ein Ausländer als Gläubiger und Schuldner einer deutschem Recht unterstehenden Verbindlichkeit aus laufender Rechnung einnimmt. Diese aber ist gleich der eines Deutschen.

Von den in Betracht kommenden Einzelumständen ist dagegen, wie schon in dem in I 288/30 behandelten Falle hervorgehoben, für die Frage der Aufw., neben dem Wert der dem Bekl. verbliebenen Anleihestücke vor allem auch von Bedeutung, welche tatsächlichen Aufwendungen die Darlehnsgeberin bei der zur Verfügungstellung des Darlehnsbetrages und die Kl. bei Erwerb der Darlehnsforderung gemacht hat und welche wirtschaftliche Belastung ihr letzten Endes in dieser Richtung entstanden ist (RG. 113, 30[5]); Zeiler, AufwFälle Bd. 2 Nr. 485, 554).

(U. v. 16. Dez. 1931; 255/31 I. — Stuttgart.) [Ka.]

**13. §§ 67, 14, 15, 17 AufwG. Da ein in der Rückwirkungszeit geschlossener Vergleich der Aufw. nicht entgegensteht, und da hierauf die Bestimmungen des AufwG. anzuwenden sind, also auch § 17, so scheitert auch der durch § 17 begründete AufwAnspruch des früheren Gläubigers nicht an einem solchen Vergleich.†)

§ 67 AufwG. teilt die Vergleiche ein in solche, die in der Rückwirkungszeit, und solche, die außerhalb derselben zustande gekommen sind. Während die Vergleiche der zweiten Gruppe unberührt bleiben, stehen die ersteren — mit Ausnahme gewisser Kaufmannsvergleiche — der Aufw. nach den Vorschr. des AufwG. nicht entgegen. Zu diesen Vorschr. gehören die §§ 14, 15, 17. Daraus ergibt sich, daß auch der durch § 17 begründete AufwAnspruch des früheren Gläubigers an einem in der Rückwirkungszeit geschlossenen Vergleiche nicht scheitert. Nach ihrem Inhalt — dem Verhältnis zwischen der Vergleichssumme und den AufwBeträgen — werden die Vergleiche in § 67 nicht unterschieden. Den Wortlaut des Gesetzes hat die Rechtsansicht, auf der die angefochtene Entsch. beruht, also ohne Zweifel gegen sich. Sie wird aber auch nicht durch den Grund und den Zweck des Gesetzes unterstützt.

Die Regel, daß die in der Rückwirkungszeit geschlossenen Vergleiche der Aufw. nicht entgegenstehen, ist eine Folgerung aus dem Grundsatz der rückwirkenden Aufw., eine der Bestimmungen, die seiner Verwirklichung dienen. Sie beruht darauf, daß auch die in den Vergleichen jener Zeit festgesetzten Leistungen vom Standpunkt des AufwG. regelmäßig untragbar unangemessen gewesen sind. Wie die Erfahrung lehrte, hat der Schuldner damals, als die Aufw. noch nicht gesetzlich anerkannt und geordnet, nach den Erklärungen der Regierungsvertreter auch nicht beabsichtigt, andererseits die Mark fast wertlos geworden war, selbst wenn er einen AufwVergleich einging, zu wenig gewährt, als daß man die Sache damit für erledigt ansehen konnte. Diese Erfahrung trifft auch dann zu, wenn im Falle der Übertragung der Hyp. der Gläubiger, der sich verglich, damit so viel oder mehr erhalten hat, als ihm das AufwG. für den Teil der Forderung, den es ihm beließ, zugesprochen hat. Maßgebend ist, daß der Schuldner regelmäßig nicht genug bewilligt hat, um auch den nach dem AufwG. dem früheren Gläubiger gebührenden AufwBetrag angemessen abzugelten. Da das AufwG. dem früheren Gläubiger ebenfalls einen AufwAnspruch gewährte, konnte die Frage, bei welchen AufwVergleichen man es bewenden lassen durfte, nur unter Berücksichtigung des früheren Gläubigers beantwortet werden. Mögen also auch in Fällen der vorl. Art die Vergleichsparteien mit dem Ergebnis zufrieden sein und keinen Grund haben, die abweichende Regelung der Aufw. durch das Gesetz zu fordern, so folgt daraus doch nicht, daß die gesetzliche Bestimmung, wonach der Vergleich der Aufw. nach den Vorschr. des AufwG. nicht entgegenstehen soll, zum Nachteil des früheren Gläubigers außer Kraft gesetzt werden muß.

Die Entsch. hat nichts mit der seit RG. 116, 184[1]) feststehenden Rspr. zu tun, daß ein AufwVergleich, der nach § 67 unberührt bleibt, die Entstehung des dem früheren Gläubiger in § 17 zugedachten AufwRechts ausschließt. Dort ist nur aus dem Rechtssatz, daß ein außerhalb der Rückwirkungszeit geschlossener Vergleich unberührt bleibt (§ 67 Abs. 1), die Folgerung gezogen, er müsse die seinem Inhalt entsprechende Rechtswirkung auch gegen den Vormann der Vergleichspartei bewähren. Hier handelt es sich dagegen um die Anwendung der Rechtsregel, der Vergleich der Rückwirkungszeit stehe der Aufw. nicht entgegen (Abs. 2).

Auch die Urt. des erk. Sen. RG. 112, 49[2]); 122, 240[3]), auf die sich die Vorentscheidungen berufen, vermögen sie nicht zu rechtfertigen. Dort forderten AufwSchuldner, die sich in der Rückwirkungszeit verglichen hatten, ihre Vergleichsleistungen zurück, weil sie die Vergleiche auf Grund des § 67 Abs. 2 nicht mehr gelten ließen und den Gläubiger auf die gesetzlichen Ansprüche verwiesen. Sie sind unterlegen, weil als Sinn des Gesetzes nur der Schutz des Gläubigers erkannt wurde. Daß der Vergleich nicht der gesetzlichen Aufw. entgegensteht, bedeutet, wie damals ausgeführt wurde, der Gläubiger habe das Recht erhalten, trotz des Vergleichs die Aufw.

---

aus der österreichischen Währung in die tschechische vereinbart ist — dies wird in dem nicht abgedruckten Teil der Gründe ausgeführt —, so hat doch jedenfalls der Schuldner der Führung des Kontokorrents in tschechischer Währung nicht widersprochen und es lag daher für den Gläubiger kein Anlaß vor, das Rechnungsverhältnis zu kündigen, so daß aus der Fortsetzung des Kontokorrents ein Schluß auf seinen Willen, die fortdauernde Entwertung der österr. Krone auf sich zu nehmen, nicht gezogen werden kann. Ich meine daher, daß die Gesichtspunkte, auf denen die Vorschr. des § 65 beruht — nicht das bloße Dasein dieser Vorschr., sondern die Erwägungen, die für sie geltend gemacht werden können —, zwar bei der Entsch. herangezogen werden können, daß aber die Aufwertung nicht ausgeschlossen ist. Dies ist ja schließlich auch der Standpunkt des RG., das eine Aufwertung nicht ablehnt und die Vorschr. des § 65 nur bei der nach § 242 zu treffenden Entsch. mit heranzieht. Im Ergebnis kann man also m. E. der Entsch. durchaus zustimmen.

Staatssekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

[5]) JW. 1926, 2569.

Zu 13. Hauptsächlichster Gegenstand der Entsch. ist die Frage, ob dann, wenn ein vom Zessionar geschlossener AufwVergleich nach § 67 Abs. 2 AufwG. unwirksam ist, der nach § 17 aufwertungsberechtigte Zedent sich auf diese Unwirksamkeit berufen kann, obwohl der Zessionar durch den Vergleich voll denjenigen Betrag erhalten hat, der ihm nach den Vorschr. des AufwG. als Aufwertung gebührt. Das RG. bejaht diese Frage unter Aufgabe der früheren entgegengesetzten Entsch. (RG. 123, 341 = JW. 1929, 1392). Dieser Bejahung ist unbedenklich zuzustimmen. Sie ist selbstverständlich, wenn man nach der von mir (vgl. meine Anm. 17 zu § 17) und anderen (s. namentlich Abraham: JW. 1927, 1629; 1928, 475) vertretenen, früher auch von dem RG. geteilten Auffassung davon ausgeht, daß § 17 dem Zedenten ein selbständiges AufwR. gewährt, das durch einen vom Zessionar über die ihm zustehende Aufwertung abgeschlossenen Vergleich nicht berührt wird. Denn dann kommt der Vergleich für den Zedenten nur insoweit in Betracht, als eine auf Grund des Vergleichs an den Zessionar bewirkte, seinen gesetzlichen AufwBetrag übersteigende Leistung nach § 18 auf die Summe der dem Zedenten und dem Zessionar zustehenden AufwBeträge anzurechnen ist (vgl. meine Anm. 15, 16 zu § 18 und RG. 117, 306 = JW. 1927, 1839). Sie ist aber auch dann zutreffend, wenn man der entgegenstehenden Auffassung des RG. (s. namentlich RG. 116, 184 = JW. 1927, 2107; 119, 48 = JW. 1928, 475) folgt, wonach ein vom Zessionar als dem damaligen alleinigen Gläubiger geschlossener AufwVergleich auch für den Zedenten bindend ist, also § 67 der Vorrang vor § 17 eingeräumt wird. Denn wenn der Vergleich dem Zessionar mindestens das gewährt, was ihm nach dem Gesetze zusteht, kann er sich auf § 67 Abs. 2 nur deshalb nicht berufen, weil § 67 Abs. 2 dem Gläubiger nur das Recht gibt, trotz des Vergleichs den gesetzlichen AufwBetrag zu fordern, also von ihm nicht angerufen werden kann, wenn er durch den Vergleich dasselbe oder mehr erhält. Der Vergleich bleibt aber unwirksam und dem Zedenten, der wegen dieser Unwirksamkeit den ihm nach § 17 gebührenden AufwBetrag fordert, kann nicht ent-

[1]) JW. 1927, 1629. [2]) JW. 1926, 361. [3]) JW. 1929, 101.

nach den Vorschr. des AufwG. zu fordern, aber nicht, der AufwVergleich habe kraft des Gesetzes seinen Rechtsgrund verloren, also nicht, der **Schuldner** habe damit das Recht gewonnen, seine auf Grund des Vergleichs bewirkten Zahlungen zurückzufordern. Der Schuldner ist vielmehr darauf beschränkt, sie gemäß den §§ 18, 78 auf die gesetzlichen Leistungen anzurechnen, sofern der Gläubiger diese verlangt. Nun findet sich freilich in den Gründen des zweiten Urteils der Satz: die Vorschr. erstrebe lediglich den Schutz des Gläubigers, der sich unter dem Druck der Geldentwertung auf einen Vergleich eingelassen habe, wonach er weniger bekomme als auf Grund des später in Kraft getretenen AufwG. Aber damit ist der Gläubigerschutz dort nur in einen Gegensatz zum **Schuldnerschutz** gestellt worden. Eine **Übertragung** der Hyp. hatte gar nicht stattgefunden, sondern nur der Schuldner stand dem **alten Gläubiger** gegenüber, mit dem er sich verglichen hatte. Auf ihn paßte, was damals gesagt wurde. Wenn man den Satz dagegen aus seinem Zusammenhang nimmt und daraus für den Fall der Gläubigermehrheit auf das Gegenteil schließt, so beweist er zuviel. Dann müßte dem früheren Gläubiger die Aufw. selbst dann versagt werden, wenn der spätere sich in der Rückwirkungszeit in der Tat weniger als den ihm selbst nachher durch das AufwG. bestimmten Betrag ausbedungen haben würde; denn der frühere Gläubiger hat sich **überhaupt** nicht, also auch nicht unter dem Druck der Geldentwertung, zu dem Vergleich herbeigelassen.

Das praktische Ergebnis, wozu die hier abgelehnte Rechtsansicht führt, steht ihr ebenfalls entgegen. Tatsächlich läuft sie nach der Erfahrung des Lebens nämlich auch auf eine Versagung des AufwAnspruchs an den früheren, der Regel nach den Altgläubiger, im Vergleichsfall hinaus. Es wird kaum vorgekommen sein, daß ein Gläubiger, der eine Hyp. nach dem 15. Juni 1922 entgeltlich erworben hat, sich im AufwVergleich mit weniger als 25% seines Erwerbspreises begnügt hat. Dieser hatte regelmäßig einen sehr geringen Goldwert. Wer eine Hyp. von 100000 ℳ etwa 1. Okt. 1922 zum Nennbetrage erwarb, zahlte damit 213 GM. und wird sich um die Wende d. J. 1923, wo — nach der Bekanntgabe RG. 123, 78[4]) und während der Vorbereitung der III. StNotVO. — die AufwVergleiche geschlossen wurden, gewiß nicht auf einen geringeren AufwBetrag als 53,25 GM. verglichen haben. Hat er die Hyp. schon am 15. Juni 1922 erworben und damit 1370 GM. gezahlt — der günstigste Fall —, dann müßte er in einen Vergleich zu weniger als 342,50 GM. gewilligt haben, damit der frühere Gläubiger noch die Aufw. verlangen könnte. Wenn überhaupt, wäre diese Möglichkeit jedenfalls um so geringer, je weniger der frühere Gläubiger für seine Hyp. erhalten hat, weil damit auch der gesetzliche AufwBetrag des späteren Gläubigers entsprechend geringer ist. Unannehmbar ist auch die Tragweite, die damit winzige Unterschiede in der Höhe der Vergleichssumme gewinnen. Der frühere Gläubiger erhielte — um beim letzten Beispiel zu bleiben — 25000 GM., wenn die Vergleichssumme irgendwie hinter dem Betrage von 53,25 bzw. 342,50 GM. zurückbliebe, sonst nichts.

Die Rechtsansicht der Vorentscheidungen widerspricht auch dem Urt. RG. 117, 306 ff.[5]). Damals war es eine Vorfrage,

---

gegengehalten werden, daß der Zessionar kein Interesse an der Unwirksamkeit habe, da die Unwirksamkeit beiden, dem früheren und dem gegenwärtigen Gläubiger, zugute kommt.

Die Frage, ob in Fällen der Unwirksamkeit des Vergleichs der Zedent sich auf diese berufen kann, obwohl der Zessionar durch den Vergleich für seinen gesetzlichen AufwAnspruch voll befriedigt ist, kann durch das jetzt vorl. Urt. als erledigt angesehen werden. Von großer Bedeutung ist es aber, ob das Urt. noch eine weitergehende Bedeutung hat. Wie bereits erwähnt, hat das RG. bisher die Meinung vertreten, daß ein vom Zessionar geschlossener AufwVergleich, der nach § 67 wirksam ist, auch dem vom Zedenten auf § 17 gestützten AufwAnspruche entgegensteht. Auch das jetzt vorl. Urt. hält hieran fest. Vielleicht bedeutet es aber doch einen Schritt auf dem Wege zur Aufgabe der bisherigen grundsätzlichen Einstellung zu der Frage des gegenseitigen Verhältnisses der §§ 17 und 67.

Hierfür spricht zunächst der Inhalt der im letzten Abschnitt der Gründe getroffenen Entsch. RG. 117, 306 hat angenommen, daß der AufwVergleich des Zessionars dem Zedenten nicht entgegensteht, wenn der Vergleich in der Rückwirkungszeit mit einem Nichtkaufmann oder unter den Voraussetzungen des § 67 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 (Aufwertung zugunsten einer Teilungsmasse) geschlossen ist. Die hierbei unentschieden gebliebene Frage, ob mit der Teilungsmasse diejenige des Zedenten oder des Zessionars gemeint sei, hat RG. v. 31. Mai 1930: AufwRspr. 1930, 527 für Fälle, in denen die Aufwertung für einen Teilungsstock des Zedenten begehrt wird, während beim Zessionar eine Teilungsmasse nicht in Frage kommt, dahin entschieden, daß in solchen Fällen der Vergleich dem AufwAnspruche des Zedenten nicht entgegensteht. Dem tritt die jetzt vorl. Entsch. bei. Soweit diese Entsch. in dem Urt. v. 31. Mai 1930 damit begründet wird, daß nach dem Wortlaute des § 67 Abs. 2 Halbsatz 2 es nicht darauf ankomme, wer den Vergleich geschlossen habe, sondern zu wessen Gunsten die Aufwertung erfolge, so scheint mir dies nicht zutreffend zu sein. Denn der Aufbau des Abs. 2 des § 67 ist so, daß Satz 1 die Regel der Unwirksamkeit aufstellt, daß dann Satz 2 Abs. 1 hiervon eine Ausnahme für den Fall macht, daß der Gläubiger Kaufmann war und den Vergleich im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen hat, und Halbsatz 2 eine Einschränkung dieser Ausnahme darstellt. Da im Halbsatz 1 des Satz 2 unter dem Gläubiger, der den Vergleich abgeschlossen hat, der Zessionar zu verstehen ist, muß daher m. E. auch der einschränkende Halbsatz 2 auf den vergleichschließenden Gläubiger bezogen werden. Trifft bei diesem der Fall des Halbsatzes 2 nicht zu, so ist der Vergleich nach Halbsatz 1 wirksam, und, wenn man den grundsätzlichen Standpunkt des RG. teilt, daß durch den Vergleich des allein berechtigten Zessionars die ganze AufwFrage erledigt ist, so kommt es darauf, ob beim Zedenten eine Teilungsmasse besteht oder nicht, überhaupt nicht an. Das Urt. v. 31. Mai 1930 beruft sich neben dem Wortlaut des Gesetzes auf den dem Halbsatz 2 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken, daß den in den §§ 47, 51 Abs. 3, 55, 59 AufwG. genannten Kreditanstalten und Versicherungsunternehmungen eine bevorzugte Stellung gegenüber anderen kaufmännischen AufwGläubigern habe eingeräumt werden sollen, und daß diese Absicht des Gesetzgebers nicht erfüllt werden würde, wenn man dem Zedenten, zu dessen AufwStock der von ihm geltend gemachte AufwAnspruch gehöre, diesen Anspruch deshalb absprechen wollte, weil der den Vergleich schließende Zessionar einen AufwStock, in dem seine AufwBeträge fließen könnten, nicht besitze. Diese Art der Begründung erscheint von dem grundsätzlichen Standpunkte des RG. aus nicht überzeugend. Denn die Grundlage dieses Standpunkts ist doch die, daß der Zessionar zur Zeit des Vergleiches der alleinige Gläubiger gewesen sei und deshalb seine Abmachung die Frage der Aufwertung endgültig regele. Dann kann aber die Frage, ob der Vergleich wirksam sei, nur aus seiner Person entschieden werden. Anders würde es nur sein, wenn sich feststellen ließe, daß der Gesetzgeber bei dem Halbsatz 2 gerade an den Fall des Zedenten gedacht habe. Dies ist aber sicher nicht der Fall gewesen. Die ganze Streitfrage beruht ja eben darauf, daß bei Abfassung des Gesetzes an eine Regelung des Verhältnisses zwischen §§ 17 und 67 nicht gedacht worden ist. Wäre dies geschehen, so würde der Gesetzgeber aller Wahrscheinlichkeit nach ausgesprochen haben, daß ein Vergleich des Zessionars dem Anspruch des Zedenten nicht entgegensteht; jedenfalls würde er dann dem § 67 Abs. 2 eine andere Fassung gegeben haben. Wenn daher das Urt. v. 31. Mai 1930, dem das jetzige Urt. beipflichtet, den Zedenten an einen von dem Zessionar geschlossenen, für diesen wirksamen Vergleich nicht bindet, weil die von ihm beanspruchte Aufwertung zugunsten einer Teilungsmasse erfolgt, so kommt darin m. E. der Gedanke, wenn auch unbewußt, zum Durchbruch, daß die Rechtsstellung des Zedenten eine selbständige ist, die durch Rechtshandlungen des Zessionars nicht beeinträchtigt wird.

Bedeutsam ist weiter die Art und Weise, in der das jetzt vorl. Urt. seine Entsch. begründet, daß dem Zedenten nicht entgegengehalten werden könne, daß der Zessionar alles erhalten habe, was ihm nach dem Gesetze zustehe. Denn diese Begründung steht in vollem Widerspruch zu den Ausführungen, mit denen in RG. 116, 184 = JW. 1927, 2107; 119, 48 = JW. 1928, 475 die Ansicht begründet wird, daß der Vergleich des Zessionars für den Zedenten bindend sei. In dem ersten Urt. heißt es, es sei nicht einzusehen, weshalb das hohe Gut des Rechtsfriedens, wie ihn der Vergleich erzeuge, trotz des Vorliegens aller gesetzlichen Voraussetzungen dem Schuldner dann entzogen werden solle, wenn das Recht zufälligerweise weiter übertragen worden ist, und in dem zweiten Urt. heißt es S. 55: „Im übrigen kann auch im Grundsatz ein Ergebnis nicht unbillig erscheinen, das die Entsch. der Frage, ob der Anspruch eines Hypothekengläubigers auf Aufwertung seiner Hypothek durch einen nach § 67 Abs. 1 AufwG. abgeschlossenen Vergleich beseitigt wird, nicht von dem zufälligen Umstand abhängig macht, ob die Hypothek übertragen worden ist oder bei dem bisherigen Gläubiger verblieben ist." Diese Ausführungen sind nach meiner Ansicht der eigentliche tragende Grund der Entsch. Denn es kommt lediglich darauf an, ob §§ 17 oder 67 der Vorrang einzuräumen ist, ob § 17 dem Zedenten ein von den Verfg. des Zessionars unabhängiges Recht hat einräumen wollen oder ob § 67 der Entstehung eines AufwRechts nach § 17 entgegenstehe. Diese Frage kann nicht nach Wortauslegungen, wie sie in den erwähnten Urt. neben der Be-

---

4) JW. 1929, 762. 5) JW. 1927, 1839.

ob der frühere Gläubiger die Aufw. verlangen dürfe. Sie wurde auf Grund des § 67 Abs. 2 bejaht, trotzdem sein Nachmann, dem er die Hyp. am 3. Mai 1923 entgeltlich abgetreten hatte, sich bei dem im Jan. 1924 mit dem Eigentümer geschlossenen AufwVergleich offensichtlich viel mehr als den ihm zustehenden AufwBetrag ausbedungen hatte und die Urteilsgründe sich mit diesem Mehrbetrag befassen (RG. 117, 306, 311). Die Begr. dieses Erkenntnisses unterstützt das Ergebnis durch die Entsch. eines anderen Punktes. Sie spricht dem Schuldner nämlich das Recht zu, die auf Grund des Vergleichs mit dem späteren Gläubiger bewirkten Leistungen dem früheren Gläubiger auch in der Höhe anzurechnen, wie sie den gesetzlichen AufwBetrag übersteigen. Diese — unbedenkliche — Auslegung des § 18 schneidet den sonst möglichen Einwand ab, daß der Schuldner beeinträchtigt werde, wenn er neben der Vergleichsleistung an den späteren Gläubiger dem früheren die gesetzliche Aufw. gewähren müsse (vgl. die Schriften zum AufwG. von Rademacher-Philipp Sp. 71, Levis S. 59, Abraham S. 179, Neukirch S. 500, Nadler: DStZ. 1926, 356 ff. und OLG. Frankfurt a. M.: AufwRspr. 1, 396). Auch der erk. Sen. hat einem früheren Gläubiger in einem gleichliegenden Falle trotz des vom späteren Inhaber der Hypothek in der Rückwirkungszeit abgeschlossenen AufwVergleich den AufwAnspruch zuerkannt, freilich ohne seine Entsch. damals zu begründen, weil der Punkt von keiner Seite in Zweifel gezogen worden war (V 158/29: AufwRspr. 5, 525). Dagegen hat der 7. ZivSen. in RG. 123, 341 ff.[6]) am 1. März 1929 allerdings anders geurteilt. Der Entsch. der VerZivSen. bedarf es indessen nicht, weil der 7. ZivSen., nachdem die Einholung dieser Entsch. beschlossen worden war, erklärt hat, an der dort ausgesprochenen Rechtsansicht nicht mehr festzuhalten. Das Schrifttum teilt, soweit es sich mit der Rechtsfrage beschäftigt, den hier vertretenen Rechtsstandpunkt (vgl. die Erläuterungswerke z. AufwG. von Schlegelberger, A. 8 zu § 17; Quassowski, A. V 2 zu § 67; Kempner-Pinner S. 59; Neukirch: JW. 1929, 1392 Anm.). Wenn viele Schriftsteller die Rechtsfrage nicht erörtern, so liegt es daran, daß sie dem früheren Gläubiger grundsätzlich eine vom Nachmann unabhängige Stellung zusprechen.

Der Umstand, daß der Vertragsgegner der Bekl. den AufwVergleich als Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen hat, wie der Senat bereits in AufwRspr. 5, 525 dargelegt hat, dem AufwRecht des früheren Gläubigers nicht entgegen, wenn bei ihm die Aufw. zugunsten einer Teilungsmasse erfolgt.

(U. v. 25. Nov. 1931; 260/30 V. — Berlin.) [Sch.]
<= RG. 134, 188.>

14. §§ 242, 284, 286 BGB.

1. Wenn bestimmt ist, daß die Zahlung bei der Auflassung fällig ist, dann ist für die Leistung nicht eine Zeit nach dem Kalender bestimmt.

2. Die Ausnahmevorschrift des § 284 Abs. 2 Satz 2 ist einer ausdehnenden Auslegung nicht fähig.

3. Unter Umständen steht der Grundsatz der Subsidiarität der Aufw. nicht entgegen, dem Gläubiger einen höheren Betrag aus § 242 BGB. zuzubilligen, als dies aus § 286 Abs. 1 das. möglich wäre.

4. Es verstößt nicht gegen die Grundsätze des § 242 BGB., wenn jemand es vorgezogen hat, die Frage der Aufw. von Ratenzahlungen vom September 1922 zusammen mit der Aufw. einer Zahlung v. 17. Juli 1922 in einem Prozeß der gerichtlichen Entsch. zu unterbreiten und dieserhalb zunächst zu warten, bis die Rspr. die Frage

---

rufung auf den Schutz des Rechtsfriedens enthalten sind, sondern nur auf Grund einer Würdigung der für die eine oder die andere Ansicht sprechenden inneren Gründe und einer Ermittelung des Willens des Gesetzgebers, wie er bei einer Abwägung aller sachlichen Billigkeitsgründe zu unterstellen ist, entschieden werden. Prüft man von diesem Standpunkt aus die Gründe des jetzigen Urt., so zeigt es sich, daß es auf einer wesentlich anderen Grundanschauung beruht wie die früheren Urt., indem es ausführt, daß § 67 Abs. 2 der Verwirklichung der Vorschr. über die rückwirkende Aufwertung diene, also die letztere in den Vordergrund stellt, indem es weiter darlegt, daß bei Vergleichen in der Rückwirkungszeit der Schuldner erfahrungsgemäß zu wenig gewährt habe, als daß man die Sache damit für erledigt ansehen konnte, und daß diese Erfahrung auch dann zutreffe, wenn der Gläubiger, der sich verglich, damit so viel oder mehr erhalten habe, als ihm das AufwG. für den Teil der Forderung, den es ihm beließ, zugesprochen hat. „Maßgebend ist, daß der Schuldner regelmäßig nicht genug bewilligt hat, um auch den nach dem AufwG. dem früheren Gläubiger gebührenden AufwBetrag angemessen abzugelten. Da das AufwG. dem früheren Gläubiger ebenfalls einen AufwAnspruch gewährte, konnte die Frage, bei welchen AufwVergleichen man es bewenden lassen durfte, nur unter Berücksichtigung des früheren Gläubigers beantwortet werden.“ Alle diese Erwägungen müssen, wenn sie folgerichtig durchgeführt werden, m. E. dahin führen, daß es nicht als die Absicht des Gesetzes angesehen werden kann, die Rechte, welche das Gesetz in § 17 mit vollem Bewußtsein dem Zedenten gewährt hat, ihm wieder zu entziehen, wenn der Zessionar, der doch nur über seine Rechte verfügen konnte und verfügen wollte, einen Vergleich über die Aufwertung geschlossen hat.

Wie man sich aber auch zu den vorstehenden Ausführungen stellen will, jedenfalls sind die neueren Entsch. des RG. deshalb zu begrüßen, weil sie geeignet sind, die Mißstände, die sich aus der älteren Rspr. ergeben können, wesentlich zu mildern. Praktisch kommen Vergleiche aus der Zeit vor dem 15. Juni 1922 nicht in Betracht, weil das Recht des Zedenten, abgesehen von dem seltenen Falle des Vorbehalts, Annahme der Gegenleistung nach dem 14. Juni 1922 voraussetzt. Die in der Rückwirkungskeit geschlossenen Vergleiche sind nach dem gegenwärtigen Stande der Rspr. des RG. jedenfalls dann nicht wirksam, wenn der Zessionar, der den Vergleich geschlossen hat, Nichtkaufmann war, oder wenn die auf § 17 gestützte Aufwertung zugunsten einer Teilungsmasse des Zedenten erfolgt. Nicht ganz klar ist, ob die Tatsache, daß die Aufwertung beim Zessionar zugunsten einer Teilungsmasse erfolgt, nach der Auffassung des RG. auch dem Zedenten zugute kommt. Ich möchte indessen annehmen, daß dies zu bejahen ist, da in diesem Falle die Ausnahmebestimmung des Halbsatz 1 des Satz 2 in Wegfall kommt, es also bei der in Satz 1 als Regel ausgesprochenen Unwirksamkeit des Vergleiches sein Bewenden behält. Auch darüber fehlt es an einem Ausspruche des RG., ob der Zedent die Unwirksamkeit des Vergleiches dann geltend machen kann, wenn er ein Nichtkaufmann ist; wenn aber das RG. annimmt, der Wille des Gesetzes gehe dahin, daß bei der Frage, ob die Aufwertung zugunsten einer Teilungsmasse erfolge, die Verhältnisse des Zedenten maßgebend sind, so muß man m. E. die für Nichtkaufleute gewollte Bevorzugung vor Kaufleuten dem Zedenten ebenso zugute kommen lassen wie die Bevorzugung des Kaufmannes mit einer Teilungsmasse vor anderen Kaufleuten. Tritt man dem bei, so bleiben als Fälle, in denen der Vergleich des Zessionars den Zedenten bindet, nur zwei übrig:

1. Der Fall, daß sowohl der Zedent als auch der Zessionar Kaufleute sind und bei keinem eine Teilungsmasse in Frage kommt.

2. Der Fall, daß der Vergleich nach der Rückwirkungszeit, also nach dem 13. Febr. 1924, geschlossen ist.

Für den ersten Fall ist freilich nicht recht einzusehen, weshalb die Kaufmannseigenschaft des Zedenten ihm schaden soll. Denn der Grund für die Schlechterstellung des Kaufmanns ist doch nur darin zu finden, daß ihm vom Gesetz eine klarere Beurteilung der Sachlage bei Abschluß des Vergleichs zugemutet wird, als sie damals Gesetzgebung und Rspr. hatten. Diese Begründung setzt also voraus, daß er als Kaufmann den Vergleich abgeschlossen hat. Der Zedent war aber bei Abschluß des Vergleichs gar nicht beteiligt; auf ihn trifft also diese Erwägung nicht zu. Und was die Vergleiche nach dem 13. Febr. 1924 anlangt, so ist der Grundgedanke des § 78 der, daß der Gläubiger keinen Nachteil davon haben soll, daß die III. StNotVO. geringere Rechte gewährte als das AufwG. (vgl. meine Anm. 1 zu § 78). § 78 erwähnt zwar in Satz 4 nur die §§ 16, 18—24; dies erklärt sich aber daraus, daß § 17 alle nach dem 14. Juni 1922 angenommenen Gegenleistungen ohne zeitliche Grenze betrifft, so daß es einer entsprechenden Anwendung des § 17 gar nicht bedarf. Hiernach ergibt auch eine Betrachtung der Fälle, in denen eine Bindung des Zedenten an den AufwVergleich des Zessionars nach der Rspr. des RG. in Frage kommt, daß innere Gründe dafür nicht bestehen, daß der Zedent nicht allgemein, sondern nur in einzelnen Fällen von der Bindung an einen vom Zessionar geschlossenen Vergleich befreit wird. Auch diese Erwägung dient zur Begründung der Hoffnung, daß das RG. aus seiner neueren Rspr. Veranlassung zu einer Nachprüfung seiner grundsätzlichen Einstellung bezüglich des Verhältnisses der §§ 17 und 67 zueinander nehmen wird.

Staatssekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

---

[6]) JW. 1929, 1392.

der Aufwertbarkeit vor Mitte August 1922 geleisteter Zahlungen endgültig geklärt hatte, was erst durch die Urt. v. 20. Nov. 1926 und vom 16. Febr. 1927 geschehen ist.

5. Die Voraussetzungen der AufwFähigkeit sind für jede einzelne Zahlung gesondert festzustellen.

6. Für das Gebiet der freien Aufw. ist die Wertanteilslehre abzulehnen und ist der Gegenwartswert des Grundstücks nur einer der beachtlichen Faktoren.

7. Die Aufw. ist nicht dazu bestimmt, einem Inflationsverkäufer einen Inflationsgewinn zu verschaffen oder wiederzuverschaffen.

8. Bei der Aufw. gegenüber einer GmbH. neben der wirtschaftlichen Lage der GmbH. auch die Vermögensverhältnisse ihres einzigen Gesellschafters zu berücksichtigen, ist grundsätzlich nicht rechtsirrtümlich, auch nicht, wenn er die Geschäftsanteile der GmbH. erst nach dem der Aufw. zugrunde liegenden Geschäft erworben hat.

I. Das angef. Urt. erachtet zunächst den Anspruch der Kl. auf Ersatz des ihnen durch den Leistungsverzug der Bekl. entstandenen Geldentwertungsschadens für begründet. Das LG. meint, einer Mahnung habe es nicht bedurft, weil für die Leistung der Bekl. eine Zeit nach dem Kalender bestimmt gewesen sei (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB.). Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Nach dem Vertrage v. 19. März und 28. April 1922 waren 125 000 ℳ bei der Annahme des Angebots und 200 000 ℳ bei der Auflassung fällig. Demnach waren die Zahlungszeiten nicht lediglich nach dem Kalender bestimmt, sondern sie konnten nur unter Heranziehung eines künftigen, kalendermäßig unbestimmten Ereignisses nach dem Kalender bestimmt werden. In solchen Fällen findet die Vorschr. des § 284 Abs. 2 Satz 1 BGB. keine Anwendung, und die Ausnahmevorschrift des Satz 2 das. ist einer ausdehnenden Auslegung nicht fähig (RG. 103, 34 nebst Nachweisen; RGRKomm., Erl. 4 zu § 284). Ferner hatte die Bekl. geltend gemacht, die Kl. hätten sich mit der Hinausschiebung der Zahlungen einverstanden erklärt, da sie die Auflassung erteilt hätten, ohne auf Zahlung zu bestehen. Auf diesen nach der Sachlage naheliegenden Einwand ist das LG. überhaupt nicht eingegangen. Endlich hätten die Kl. beweisen müssen, daß ihnen durch die verspäteten Zahlungen ein Schaden erwachsen sei (§ 286 Abs. 1 BGB.), sie hätten also darzutun gehabt, daß sie sich bei rechtzeitiger Zahlung deren Wert hätten erhalten können (RGRKomm., Erl. 5dd zu § 242 Bd. I S. 380, 381 nebst Nachweisen). Diesen Nachweis sieht aber das angef. Urt. in anderem Zusammenhang als nicht in vollem Umfang erbracht an. Daß andererseits das LG. insofern zuungunsten der Kl. geirrt haben würde, als es nicht die Kaufkraft der Mark im Inlandsverkehr, sondern die Goldwerte der Zahlungen an den Fälligkeitstagen und an den Zahlungstagen verglichen und den sich hieraus ergebenden Wertunterschied den Kl. als Geldentwertungsschaden zugesprochen hat, mag nebenbei bemerkt werden. Der Klagegrund des Verzugsschadens, der unter Umständen die Kl. günstiger stellen würde als der der Aufw. (RG. 110, 52; 111, 366). Gemäß dem vom RG. ständig festgehaltenen Grundsatz der Subsidiarität der Aufw. (RG. 118, 64[1])) wird auf letzteren Klagegrund nur dann einzugehen sein, wenn und insoweit der Gesichtspunkt des Verzugsschadens nicht zum Ziele führt, die Aufw. nach § 242 BGB. also die Kl. günstiger stellt als der Klagegrund des Verzugsschadens (vgl. Zeiler, AufwFälle Nr. 120, 1728). Daß es Ausnahmefälle dieser Art geben kann und daß dann der Grundsatz der Subsidiarität der Aufw. nicht entgegensteht, dem Gläubiger einen höheren Betrag aus § 242 BGB. zuzubilligen, als dies aus § 286 Abs. 1 das. möglich wäre, ist dem BG. zuzugeben.

II. Zur Frage der Aufw. geht das angef. Urt. ohne Rechtsverstoß davon aus, daß es sich bei dem Verkauf der Liegenschaft und des Inventars um ein einheitliches Geschäft mit einem Kaufpreis von 1 000 000 ℳ gehandelt habe und daß der Tag des Angebots, der 19. März 1922, als Stichtag zugrunde zu legen sei (RG. 115, 13[2]) auch 6). Auch der Auffassung des Vorderrichters, daß weder ein Verzicht der Kl. im Hinblick auf die Quittung v. 2. Sept. 1922 (vgl. RG. 118, 65, 66[3])) noch eine Verwirkung des Klageanspruchs in Frage kommt, ist lediglich beizutreten. Die Rev. meint zwar, die Kl. hätten hinsichtlich der im Sept. 1922 geleisteten Zahlungen weit früher als geschehen Aufwertung verlangen und klagen müssen, weil grundsätzlich nur die Aufwertbarkeit der Zahlungen v. 7. Juni und 17. Juli 1922 zweifelhaft gewesen sei (RG. 113, 136[4]); RGWarn. 1926 Nr. 127). Die Rüge ist unbegründet. Es verstößt nicht gegen die Grundsätze des § 242 BGB., wenn die Kl. es vorgezogen haben, die Frage der Aufw. der Raten vom September 1922 zusammen mit der Aufwertung der Rate vom 17. Juli 1922 in einem Prozeß der gerichtlichen Entsch. zu unterbreiten (Zeiler Nr. 1894, 2162) und dieserhalb zunächst zu warten, bis die Rspr. die Frage der Aufwertbarkeit vor Mitte August 1922 geleisteter Zahlungen endgültig geklärt hatte, was erst durch die Urt. v. 20. Nov. 1926 (RG. 114, 399[5])) und v. 18. Febr. 1927 (RG. 115, 201[6])) geschehen ist. Überdies sind auch die Entsch. RG. 115, 13[7]), 6 zu der Frage, welcher Stichtag bei Auseinanderfallen von Angebot und Annahme zugrunde zu legen ist, erst am 21. Dez. 1926 ergangen. Aus der Geltendmachung des AufwAnspruchs erst oder richtiger schon im September 1926, die der Vorderrichter zu Unrecht als spät bezeichnet und zuungunsten der Kl. in die Wagschale wirft, ist daher den Kl. nicht der mindeste Vorwurf zu machen.

Der Vorderrichter berechnet nach den üblichen Vergleichsmaßstäben den Wert der Gesamtleistung der Bekl., soweit deren Aufwertung begehrt wird, und setzt diesen Wert in Vergleich zu dem Werte des vereinbarten Kaufpreises. Die ständige Rspr. des RG. (RG. 116, 315[8]); Zeiler Nr. 1026, 1200, 1292, 1439 u. a.), an der festzuhalten ist, steht dagegen auf dem Standpunkt, daß für jede einzelne Zahlung die Voraussetzungen der AufwFähigkeit gesondert festzustellen sind. Welches Maß der Entwertung hierzu erforderlich ist, muß der Tatrichter unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles entscheiden (RGUrt.: AufwRspr. 1931, 207 Nr. 74 unter Ziff. 4 mit Nachweisen), und es kann keine Rede davon sein, daß, wie die Rev. will, eine Entwertung auf ein Viertel niemals eine Aufw. rechtfertigen könne.

Das angefochtene Urt. weist zwar zutreffend darauf hin, daß vom Vertragspreise auszugehen sei, erklärt dann aber, der nach der Wertanteilslehre errechnete Betrag sei Ausgangspunkt und Grundlage für die endgültige Bemessung. Auch mit dieser Berechnungsart setzt sich das BG. in Widerspruch zu dem in der Rspr. des RG. (vgl. u. a. Zeiler Nr. 1441, 1923, 2036) feststehenden Grundsatz, daß für das Gebiet der freien Aufw. die Wertanteilslehre abzulehnen und der Gegenwartswert des Grundstücks nur einer der Faktoren ist, welcher bei der Entsch., ob und in welcher Höhe eine Aufw. zuzubilligen ist, deshalb Beachtung heischt, weil der Jetztwert des Grundstücks die Kaufkraft der Mark auf dem inländischen Grundstücksmarkt in der Inflationszeit erkennen läßt und die Berücksichtigung dieses Wertes einen billigen Ausgleich der Belange beider Parteien fördert, dadurch aber den Grundsätzen des § 242 BGB. gerecht wird.

Die Kl. haben die Ziegelei erst im Juni 1920, also in der Inflationszeit, gekauft und sie nach einer Besitzzeit von nur zwei Jahren weiterveräußert. Auf den Kaufpreis haben sie alsbald 100 000 ℳ, weitere 25 000 ℳ aber erst im Januar und Mai 1922 in erheblich entwerteter Valuta gezahlt und den Rest von 75 000 ℳ als Hypothek stehen lassen. Obgleich bei dieser Sachlage je nach Umständen sehr wohl ein Inflationsgewinn der Kl. in Frage kommen könnte, hat sich der BerR. für seine entgegengesetzte Ansicht lediglich damit begnügt, auf die kammergerichtliche Rspr. (vgl. dazu Nadler, Grundbuch- und Aufwertungsfragen, 3. Aufl., S. 70 unter

[1]) JW. 1927, 2918

[2]) JW. 1927, 965. [3]) JW. 1927, 965. [4]) JW. 1926, 2362.
[5]) JW. 1927, 680. [6]) JW. 1927, 974.
[7]) JW. 1927, 967. [8]) JW. 1927, 1849.

Nr. 9) und insbes. auf den Beschl. des KG. v. 13. Nov. 1930 zu verweisen. Dieser Beurteilung kann nicht ohne weiteres beigetreten werden. Das RG. hat wiederholt (vgl. u. a. Zeiler Nr. 1096, 1439) ausgesprochen, daß die Aufw. nicht dazu bestimmt ist, einem Inflationsverkäufer einen Inflationsgewinn zu verschaffen oder wiederzuverschaffen, und daß, wie auch in dem von den Kl. angeführten Urteil Zeiler Nr. 1103 anerkannt ist, es bei der Bemessung des AufwBetrages in Rücksicht zu ziehen ist, wenn ein Inflationskäufer mit verhältnismäßig geringfügigen Mitteln ein Grundstück erworben hat und es nach kurzer Besitzzeit weiterverkauft. Eine andere Beurteilung würde freilich dann am Platze sein, wenn die Behauptungen der Kl. zutreffen sollten, daß die Kl. seit d. J. 1895 ein Landgut in F. besessen und den aus dem Verkaufe dieses Gutes erzielten Erlös zum Ankauf der Ziegelei in Z. verwendet hätten.

Daß der Vorderrichter neben der ungünstigen wirtschaftlichen Lage der Bekl. auch die Vermögensverhältnisse ihres einzigen Gesellschafters R. berücksichtigt hat, ist entgegen der Ansicht der Rev. nicht zu beanstanden, wenigstens nicht grundsätzlich. Der erk. Sen. hat sich bereits in RG. 129, 54[9]) auf den gleichen Standpunkt gestellt. Daß in dem letzteren Fall der Grundstückserwerb zu einem Zeitpunkt stattgefunden hatte, in dem der einzige Gesellschafter sämtliche Anteile der als AufwSchuldnerin in Anspruch genommenen GmbH. schon besaß, während im vorl. Fall R. die Geschäftsanteile der Bekl. erst nach dem Erwerbe der Ziegelei durch die Bekl. gekauft hat, kann rechtsgrundsätzlich keinen Unterschied machen. Denn der tragende rechtliche Gesichtspunkt ist in beiden Fällen der gleiche: Es entspricht nicht den Grundsätzen des § 242 BGB., die wirtschaftliche Lage des einzigen Gesellschafters bei der Aufw. deshalb außer acht zu lassen, weil der Gesellschafter juristisch einen Teil seines Vermögens in Form einer GmbH. aus seinem Vermögen formell ausgeschieden hat, während dieser ausgeschiedene Teil wirtschaftlich auch weiterhin einen Bestandteil seines Vermögens bildet. Aber auf der anderen Seite erscheint es, gerade weil bei der Einmanngesellschaft die GmbH. und ihr einziger Gesellschafter für die Aufw. wirtschaftlich in gewissem Umfang zu identifizieren sind, in einem Falle, in welchem wie hier der Erwerb der Anteile der GmbH. erst nach dem Grundstückserwerb liegt, in hohem Maße unbillig, wenn entscheidendes Gewicht allein auf die wirtschaftliche Lage des einzigen Gesellschafters gelegt wird, und die von ihm zwecks Erwerbs der Anteile verauslagten Aufwendungen gänzlich außer Betracht gelassen werden. Hierzu könnte für den Tatrichter etwa folgendes in Betracht kommen. R. hat für den Erwerb der Anteile der Bekl. 78 000 *RM* aufgewendet, wobei es allerdings noch der Aufklärung bedarf, welche Aktiva, wie z. B. Warenvorräte, ausstehende Forderungen, die Bekl. am 9. April 1925 außer der Ziegelei nebst Zubehör besaß. Ferner ist die Bekl. mit den AufwHypotheken der Stadt Z. von 1933,20 GM. und der Kl. von 331,60 GM. belastet, und die persönliche Forderung der Kl. aus deren Restkaufgeldhypothek ist auf 6849 GM., wovon der dingliche Betrag von 331,60 GM. in Abzug zu bringen ist, aufgewertet. Außerdem aber soll die Bekl. bei einem Werte der Ziegelei nebst Zubehör von höchstens 72 000 *RM* nach dem angef. Urt. noch weitere 20 000 *RM* an die Kl. zahlen. Dazu würde sie, da R. für die Schulden der Bekl. persönlich unzweifelhaft nicht ohne weiteres haftbar ist, gar nicht in der Lage sein. Dem R. aber könnte vielleicht ein Eintreten für die AufwSchuld der Bekl. an die Kl. in einer solchen Höhe von 20 000 *RM* nur dann zugemutet werden, wenn R. wegen der AufwLasten einen Ersatzanspruch gegen seine Anteilsverkäufer haben sollte und diesen durchsetzen könnte. Sollte zu unterstellen sein, daß bei einer den §§ 133, 157 BGB. entsprechenden Auslegung des Vertrags v. 9. April 1925 dem R. ein solcher Regreßanspruch zustehe, so wäre vielleicht die Behauptung der Bekl. beachtlich, daß dieser etwaige Anspruch des R. bei der Vermögenslosigkeit der Verpflichteten nicht beitreibbar sei. Nun kommt es allerdings, wenn die wirtschaftliche Lage des AufwSchuldners sich nach der Geltendmachung des AufwAnspruchs verschlechtert hat, auf die in letzterem Zeitpunkt etwa günstigeren Verhältnisse des Schuldners an, und das entsprechende gilt, wenn der Grundstückswert etwa seit der Zeit, zu welcher der Gläubiger mit seinem AufwAnspruch hervorgetreten ist, gesunken ist; denn von da ab mußte sich der Schuldner auf einen solchen Anspruch einstellen, und aus seinem Verzuge darf er keinen Vorteil herleiten (Zeiler Nr. 446, RGUrt. vom 22. März 1928, VI 246/27 und v. 12. Nov. 1931, VI 246/31).

Die recht beträchtliche Höhe der den Kl. im AufwVerfahren zugesprochenen Summe von 6849 GM. mußte, worauf bereits in dem Beschl. des KG. hingewiesen ist, zugunsten der Bekl. gewertet werden. Im übrigen könnten folgende Umstände dem Tatrichter beachtlich erscheinen. Was die AufwHypothek der Stadt Z. von 1933,20 GM. anlangt, so wäre etwa einerseits zu erwägen, daß die Kl. infolge der Schuldübernahme der Bekl. einer Schuld von 75 000 *ℳ* mit Wert v. 2. Juni 1920 ledig geworden sind und drei Achtel des von ihnen an die Stadt Z. zu entrichtenden Kaufpreises nicht gezahlt haben. Andererseits aber haben die Kl. 75 000 *ℳ* an Kaufpreis weniger erhalten, und die Bekl. hat dank der Vorschriften des AufwG. den Vorteil, daß sie von diesen 75 000 *ℳ* nur 25% und noch dazu unter Zugrundelegung des Goldmarkwertes v. 2. Juni 1920 zu zahlen hat. Dieser Vorteil würde zugunsten der Kl. gewertet werden können (Zeiler Nr. 1885 und 2026; RG.: AufwRspr. a. a. O. unter Ziff. 7). Die Ausgleichung der beiderseitigen Vorteile vorzunehmen ist Sache des Tatrichters, dem überhaupt die Prüfung der Interessenlage überlassen bleiben muß.

Einen Abzug von dem AufwBetrag im Hinblick auf den Verarmungsfaktor in dem allgemeinen Sinn, daß das Volksvermögen in Deutschland infolge der Ereignisse der Kriegs- und Nachkriegszeit erheblich gesunken ist und daß es deshalb billig erscheint, bei der Aufw. der allgemeinen Verarmung Rechnung zu tragen, vorzunehmen, hat das angef. Urt. deshalb abgelehnt, weil die Bekl. sich noch heute im Eigentum des Kaufgegenstandes befindet und ihn seit Jahren genutzt hat. Diese Darlegung hält sich mit der reichsgerichtlichen Rspr. im Einklang (Zeiler Nr. 1519, 1781, 1958, 2110, 2208). Dagegen hat das OLG. den Verarmungsfaktor in dem besonderen Sinn, daß die Kl. sich den Wert der im Juli und September 1922 empfangenen Kaufpreisraten auch dann nicht unvermindert wertbeständig erhalten haben würden, wenn die Zahlungen bereits am 19. März 1922 erfolgt wären, zuungunsten der Kl. in Betracht gezogen. Auch hiergegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

(U. v. 7. Dez. 1931; 329/31 VI. — Kassel.) [H.]

****15.** § 242 BGB. Zur Frage der Verwirkung eines erst im April 1930 durch Klage geltend gemachten Aufwertungsanspruches (Vermögensanlage). †)

Die Kl. verlangt 25%ige Aufwertung eines Darlehns von 5 Millionen Papiermark, daß sie der Bekl. am 15. Sept. 1921 verzinslich zu 5% und auf ein Jahr fest gewährt hat und das sie als Vermögensanlage betrachtet. Sie behauptet, die Rückzahlung sei am 26. Febr. 1923 erfolgt.

Der Verwirkungseinwand hatte keinen Erfolg.

In der Sache IV 136/31 hat der erk. Sen. einen erstmals im Juni 1929 geltend gemachten Aufwertungsanspruch der Kl. unter ähnlichen Umständen nicht als verwirkt betrachtet. Um die gleiche Zeit ist hier der Aufwertungsanspruch erstmals erhoben. Der erk. Sen. läßt in ständiger Rspr. den Verwirkungseinwand gegenüber dem Aufwertungsanspruch aus Vermögensanlagen nur unter besonderen Umständen zu. Um eine Vermögensanlage hat es sich in dem Falle nicht gehandelt, der der Entsch. RG. 131, 225, 236[1]) zugrunde lag.

---

[9]) JW. 1931, 39.

Zu 15. In dem Urt. v. 12. Okt. 1931: JW. 1932, 41 hat es der 6. ZivSen. als feststehend angesehen, daß die Frage der Verwirkung nicht durch Aufstellung einer festen Zeitgrenze (vgl. hierzu meinen Aufsatz: JW. 1931, 3251) entschieden werden kann; er hat in diesem Falle die Verneinung der Verwirkung für möglich gehalten, obwohl der Kl. erstmalig im März 1930 mit dem Aufwertungsverlangen hervorgetreten und die Klage erst im Aug. 1930 erhoben war. Im vorl. Falle wird die Aufwertung bei einer am 17. April 1930

[1]) JW. 1931, 2704[4]).

Die Entsch. bezieht sich vielmehr auf die freie Aufwertung in Sachen des handelsrechtlichen Verkehrs. Gleichwohl hat, wie der 2. ZivSen. dort, auch dieser Senat schon in IV 281/29 v. 24. Febr. 1930[2]) bei Vermögensanlagen ausgesprochen, daß zwar der Zeitablauf immer nur einer der nach § 242 BGB. für die Frage nach einer Verwirkung maßgebenden Faktoren sei, daß aber, je länger das Zögern gedauert habe, um so eher auch eine Verwirkung angenommen werden könne und daß bei ungewöhnlich langem Zögern die sonstigen gegen die Verwirkung sprechenden Umstände gegenüber dem Zeitablauf schließlich ganz in den Hintergrund treten könnten. Damit ist zugleich zugegeben, die Rev. vertritt die gleiche Meinung durch Bezugnahme auf RG. 131, 225[3]), daß es schließlich bei allzu langem Zögern auf die sonst für erheblich erachtete Frage, ob der Schuldner angesichts des Glaubens, er werde nicht mehr in Anspruch genommen, Vermögensdispositionen getroffen habe, die er sonst unterlassen hätte, nicht mehr anzukommen braucht. Die Frage ist nur, ob diese Zeit hier schon als gekommen zu erachten ist. Der BerR. hat der Kl. zugute gehalten, daß sie im Saargebiet ansässig ist und des Glaubens gelebt habe, es komme auf die Aufwertung saarländisches Recht zur Anwendung. Alsbald nach Erscheinen der saarländischen AufwVO. v. 22. Sept. 1929 habe sie den Aufwertungsanspruch geltend gemacht. Es ist der Rev. zuzustimmen, auch insoweit beruft sie sich auf die Entsch. des 2. Sen., daß es nicht entscheidend ist, ob das lange Warten schuldhaft ist. Es braucht vielmehr auch ein schuldloses Verhalten der Verwirkung nicht entgegenzustehen, weil es eben auf die Sachlage auf seiten des Gläubigers nicht allein ankommt. Hier liegen die Dinge insofern besonders, als bei Vermögensanlagen der Schuldner seit Erlaß des AufwG. unbedingt damit rechnen mußte, in Anspruch genommen zu werden und nicht erwarten konnte, daß der Gläubiger gesetzlich geregelte Ansprüche preisgeben werde. Es kann deshalb nicht anders sein, als daß bei Vermögensanlagen — der erk. Sen. hat auf die Unterschiede zur freien Aufwertung in RG. 124, 40[4]) grundsätzlich hingewiesen — der Zeitablauf nicht ebenso streng zu nehmen ist, wie bei der freien Aufwertung. Dazu kommt als weitere Besonderheit im Vergleich zu RG. 131, 225[5]), daß die Kl. ein saarländisches Unternehmen ist. Schon in IV 136/31 ist darauf hingewiesen, und das gilt auch hier, daß sie sich zwar die Kenntnis, daß deutsches Aufwertungsrecht anwendbar sei, frühzeitiger hätte verschaffen können, daß sie aber deutscher Rspr. in Aufwertungssachen ferner stand als ein im übrigen Deutschland ansässiges Unternehmen und daß daher ein Verhalten, das für dieses unachtsam genannt werden könnte, auf ihrer Seite einer milderen Beurteilung unterliegen muß. Scheidet damit der Vorwurf aus, daß die Kl. fahrlässig die deutsche Rspr. nicht genügend verfolgt hat, so braucht doch angesichts ihrer Schuldlosigkeit der Zeitablauf allein in Rücksicht darauf, daß eine Vermögensanlage vorliegt, die Verwirkung nicht zu rechtfertigen. Wenigstens läßt sich die Auffassung des BerR. nicht als rechtsirrtümlich bezeichnen. Die Verwirkung kann aber auch nicht aus dem Gesichtspunkt angenommen werden, daß die Bekl. mit Rücksicht auf das lange Zögern der Kl. Vermögensdispositionen getroffen habe. Denn der BerR. verneint mit tatsächlichen Erwägungen, daß die Bekl. sich wirtschaftlich auf das Nichtbestehen der Aufwertungsschuld eingerichtet habe und zieht weiter in Betracht, daß die Kl. ein kleines Bankunternehmen sei, während die Bekl. in sehr günstigen Vermögensverhältnissen lebe, so daß ihr eine Aufwertung in Höhe von 15 000 ℳ — 6100 ℳ sind nur eingeklagt — zugemutet werden könne, ohne daß sie allzusehr belastet werde. Schließlich entschuldigt er das Zögern mit der Klagerhebung bis 17. April 1930 damit, daß sich an die erstmalige Geltendmachung des Anspruchs ein Briefwechsel angeschlossen habe, der bis September 1929 gedauert habe und daß sie von da bis zur Klagerhebung glaubhaft die Zeit zu Vorverhandlungen mit ihren Prozeßvertretern benötigt habe. Dagegen bestehen keine Rechtsbedenken.

(U. v. 26. Nov. 1931; 206/31 IV. — Berlin.) [Ka.]

erhobenen Klage zugelassen. Hiernach darf wohl als endgültig festgestellt angesehen werden, daß Ende 1927 nicht der äußerste Zeitpunkt für die Erhebung einer Aufwertungsklage ist. Andererseits kann aus den neueren Entsch. nicht etwa hergeleitet werden, daß Klagen, die i. J. 1930 erhoben werden, in der Regel nicht als verspätet anzusehen sind. Es kommt immer auf die besondere Lage des Falles an. Im vorl. Falle läßt das RG. die Aufwertung nur zu, weil es sich um eine Vermögensanlage handelt und der Kl. besondere Billigkeitsgründe zur Seite stehen.

Zu der Frage, ob zur Annahme der Verwirkung erforderlich ist, daß der Schuldner sich auf die Nichterhebung von Aufwertungsansprüchen wirtschaftlich eingerichtet hat (vgl. hierzu meine Anm. zu dem obenerwähnten Urt. v. 12. Okt. 1931), ist aus dem jetzigen Urt. zu entnehmen, daß das RG. diesen Umstand für erheblich ansieht, aber annimmt, daß es schließlich bei allzu langem Zögern auf diese Frage nicht mehr anzukommen braucht.

Staatssekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

[2]) JW. 1930, 2491. [3]) JW. 1931, 2704.
[4]) JW. 1929, 1871. [5]) JW. 1931, 2704.

16. Verzicht und Verwirkung bei Aufwertung einer Vermögensanlage.

Im Okt. 1925 richtete die Kl. das Verlangen auf Aufwertung der im Dez. 1922 und Juni 1923 erfolgten Darlehensrückzahlungen an die Bekl. Hierauf ging ihr im Jan. 1926 von dem gem. § 40 Abs. 4 AnlAblösG. zur Wahrnehmung der Rechte der Anleihegläubiger bestellten Treuhänder der Bescheid zu, die Angelegenheit sei nicht durch Aufw., sondern nach Maßgabe des AnlAblösG. zu regeln, eine Ablösungsverpflichtung der Bekl. bestünde aber nicht, da die Rückzahlungen vorbehaltlos entgegengenommen seien. Das Schreiben enthielt die Anfrage, ob bei diesem klarliegenden Sachverhalt die Forderung aufrechterhalten werde. Die Antwort der Kl. v. 1. Febr. 1926 lautete: „Wir erkennen an, daß wir nach Lage der jetzt gültigen Best. unsere Forderung nicht aufrechterhalten können.“

Erst im März 1930 kam die Kl. auf ihr AufwVerlangen zurück.

1. Das BG. hat die Frage, ob in dem Schreiben der Kl. der behauptete Verzicht enthalten sei, verneint. Der Begr. ist allerdings insofern nicht beizutreten, als ausgeführt ist, das Schreiben könne um deswillen für das Rechtsverhältnis der Parteien keine Bedeutung haben, weil es nicht an die Bekl., sondern an den Treuhänder gerichtet war, welcher die Rechte der Anleihegläubiger, nicht aber die der Bekl. als Anleiheschuldnerin wahrzunehmen hatte. Diese Annahme ist rechtsirrtümlich, weil der Treuhänder in seinem Schreiben v. Jan. 1926 der Kl. mitgeteilt hatte, daß der Bürgermeister der bekl. Gemeinde sich auf die von der Gläubigerin ausgehende Aufforderung zur Aufw. an ihn gewandt und ihm den das Darlehen betr. Schriftwechsel vorgelegt habe. Die Kl. mußte daher damit rechnen, daß der Treuhänder ihre Erklärung v. 1. Febr. 1926 an die Gemeinde weitergeben würde. Die tatsächlich weitergegebene Erklärung ist daher nicht anders zu werten, als wenn sie von der Gläubigerin unmittelbar gegenüber der Schuldnerin abgegeben worden wäre. Dagegen ist die Würdigung, welche das BG. dem Inhalt der Erklärung hat zuteil werden lassen, rechtlich einwandfrei. Danach enthält die Erklärung nicht mehr als die Einräumung der Gläubigerin, daß sie „nach Lage der jetzt gültigen Best.“, d. h. zugleich: unter der Herrschaft der vom Treuhänder vertretenen Auffassung von dem Inhalt des AnlAblösG., ihr AufwVerlangen nicht aufrechterhalten könne. Die Erklärung kann hiernach nicht dahin verstanden werden, daß die Kl. ihre AufwAnsprüche, auch wenn sie wider Erwarten dennoch bestehen sollten, habe aufgeben wollen. Ein Verzicht oder die Bekundung der unzweideutigen Willensmeinung, von der Geltendmachung der Forderung abzusehen, ist in der Erklärung nicht enthalten. Die Gläubigerin hat sich vielmehr in der Erklärung, wenn darin auch kein ausdrücklicher Vorbehalt zu finden ist, doch den Weg offen gehalten, bei einer künftigen Rechtsänderung oder dem Durchdringen einer von der Auffassung des Treuhänders abweichenden Rspr. auf ihren AufwAnspruch zurückzukommen.

2. Das BG. hat die Verneinung der Voraussetzungen einer Verwirkung und die Rechtfertigung der späten Klageerhebung in erster Reihe auf die Erwägung gestützt, daß die Gläubigerin mit der Klage vernünftigerweise so lange habe warten können, bis eine genügende Klärung der Schuldscheinbegriffe in der Rspr. eingetreten sei. In diesem Zusammen-

hang wird auf RG. 131, 1[1]) verwiesen, worin die einschlägigen rechtlichen Gesichtspunkte in eingehender und umfassender Weise erneut dargelegt seien. Wenn das BU. damit etwa hat zum Ausdruck bringen wollen, daß ein Abwarten bis zum Bekanntwerden dieser Entsch. keinesfalls für die Frage der Verwirkung in Betracht kommen könne, so würde das nicht zu billigen sein. Schon die in RG. 117, 59[2]) aufgestellten Rechtsgrundsätze reichten für die Verneinung eines Schuldscheindarlehens im vorl. Falle vollkommen aus. Wenn vom Herbst 1927 ab mit einem Bekanntwerden dieses Urt. gerechnet werden kann, so war die Kl. von da ab in der Lage, die Aussichten ihres AufwAnspruchs zu übersehen und zu erkennen, daß es sich bei dem von ihr der Bekl. gegebenen Darlehen nicht um ein der Anleiheablösung unterliegendes Schuldscheindarlehen handelte. Es fragt sich deshalb, ob wegen der Untätigkeit der Kl. in der Zeit vom Herbst 1927 bis März 1930 die Voraussetzungen einer Verwirkung als gegeben anzunehmen sind. Der Schriftwechsel aus den Monaten Jan. und Febr. 1926 muß ebenso, wie für die Annahme eines Verzichts, für die der Verwirkung ausscheiden, da sich aus der Erklärung der Kl. v. 1. Febr. 1926 nach ihrem oben dargelegten Inhalt kein die Verwirkung begünstigender bes. Umstand ergibt.

Die Klage betrifft die Aufw. einer Vermögensanlage. Der erk. Sen. hat in RG. 124, 48[3]) und in wiederholten späteren Entsch. die Meinung vertreten, daß der Gedanke der Verwirkung eines AufwAnspruchs schon auf dem Gebiete der freien Aufwertung „nur mit Vorsicht" anzuwenden sei und bei Vermögensanlagen nur „unter ganz besonderen Umständen" verwertet werden könne. Zu den ganz bes. Umständen ist ein so ungewöhnliches, mit den Grundsätzen vernünftiger Geschäftsgebarung in Widerspruch stehendes Zögern gerechnet, daß der Schuldner die verspätete Geltendmachung des Anspruchs als eine für ihn nicht erträgliche Zumutung betrachten dürfe. Über die Bedeutung des Zeitablaufs hat sich der erk. Sen., wie der 2. Sen. (RG. 131, 225, 236[4])), so schon vorher: JW. 1930, 2401 = LZ. 1931, 375 in dem Sinne ausgesprochen, daß es bei Vermögensanlagen zwar immer nur einer der nach § 242 BGB. für die Frage der Verwirkung maßgebenden Faktoren sei, daß aber, je länger das Zögern gedauert habe, um so eher auch eine Verwirkung angenommen werden könne und daß bei ungewöhnlich langem Zögern die sonstigen gegen die Verwirkung sprechenden Umstände gegenüber dem Zeitablauf schließlich ganz in den Hintergrund treten könnten. Andererseits hat der Sen. bisher daran festgehalten, daß dem Zeitablauf bei Vermögensanlagen nicht die gleiche Bedeutung beizumessen ist, wie bei der freien Aufwertung.

Die in dem vorl. Falle für die Dauer von etwa zweieinhalb Jahren anzunehmende Untätigkeit der Kl. kann nicht als ein so ungewöhnliches und mit sachgemäßer Geschäftsführung unvereinbares Zögern erachtet werden, daß damit die Annahme der Verwirkung gerechtfertigt werden könnte. In dieser Beziehung kommt, wie das BG. zutreffend hervorgehoben hat, in Betracht, daß die Kl. eine große Anzahl der vorl. gleichartige AufwSachen zu bearbeiten hatte und daß die Kl. eine große Anstalt des öffentlichen Rechtes ist, die ein durch Beiträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern aufgebrachtes Vermögen, das zur Erfüllung öffentlicher sozialer Aufgaben bestimmt war, zu verwalten hatte, und von der daher nicht angenommen werden konnte, daß sie davon absehen würde, ihr zustehende Forderungsrechte geltend zu machen, deren Einziehung zur Erfüllung ihrer Aufgaben dringend geboten war. Bei der Prüfung der Höhe der Aufw. wird allerdings zu erwägen sein, ob und inwieweit infolge des Zögerns der Kl. Umstände auf seiten der Bekl. eingetreten sind, die i. S. einer Einschränkung des AufwBetrages zu verwerten wären.

(U. v. 21. Dez. 1931; 263/31 IV. — Kassel.) [Ka.]

17. § 242 BGB. Ein Ausgleichsanspruch ist auch gegen den dritten Abkäufer gerechtfertigt.†)

(U. v. 16. Nov. 1931; 298/31 VI. — Breslau.) [Ku.]

<= RG. 134, 174.>

Abgedr. JW. 1932, 331[2].

---

[1]) JW. 1931, 2715. [2]) JW. 1927, 1843. [3]) JW. 1929, 1871. [4]) JW. 1931, 2704.

Zu 17. A. Anm. Mügel, ebenda.

B. Die Entscheidung läßt nunmehr auch eine Kette von Ausgleichsverpflichtungen zu:

Zunächst wird man sich bei der Würdigung dieser Entsch. vor Augen halten müssen, daß die zit. RGEntsch. die Möglichkeit einer Kette von Ausgleichsansprüchen bejaht, aber auch gerade nur die Möglichkeit. In allen Fällen ist zu prüfen, ob nun auch wirklich im Einzelfalle nach dem Grundsatze von Treu und Glauben eine solche Häufung von Ausgleichsansprüchen sich rechtfertigen läßt.

Im Gegensatz zu Mügel: JW. 1932, 331 darf indes betont werden, daß die immer weiter gesteckten Grenzen der AusgleichsRspr. nicht als eine dem Sinne des AufwG. entsprechende Rechtsschöpfung angesehen werden können.

Mügel zitiert in seiner Anm. zur Unterstützung seiner Auffassung die von der Juristischen Arbeitsgemeinschaft für Gesetzgebungsfragen in den Jahren 1925/1927 gemachten Vorschläge. Es trifft nun zwar zu, daß die Juristische Arbeitsgemeinschaft seinerzeit wiederholt angeregt hatte, für die Frage der Zulässigkeit der Aufwertung nicht die Grundsätze betr. den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entscheidend gelten zu lassen, sondern die Aufwertung zuzulassen, wenn die Tragung der Aufwertungslast dem Grundstückseigentümer zuzumuten war (vgl. insbes. DJZ. 1927, 260, 261 u. 271). Wäre diese Best. Gesetz geworden, so hätte es einer AusgleichsRspr. nicht bedurft.

Aber der Gesetzgeber hat nun einmal diese Regelung abgelehnt. Sie wäre auch nur tragbar gewesen, wenn, so wie es von der Juristischen Arbeitsgemeinschaft vorgeschlagen war, die gesetzlichen Anmeldungsfristen gewahrt wurden und wenn von vornherein klare Maßstäbe für den Umfang der Aufwertungslast eingeführt worden wären (vgl. DJZ., a. a. O.).

Die AusgleichsRspr., so wie sie sich jetzt gestaltet hat, hat sich hemmungslos über dasjenige hinweggesetzt, was der Gesetzgeber wollte. Der Gesetzgeber wollte für das Gebiet der hypothekarischen Aufwertung: Befristete Geltendmachung, Rechtsschutz desjenigen, der in der Inflationszeit den Grundbesitz verschleudert hatte (§ 15 AufwG.), Rechtsschutz kraft öffentlichen Glaubens. Alles dies wird durch die AusgleichsRspr. über den Haufen geworfen.

Sechs und sieben Jahre nach Erlaß des AufwG. werden Ansprüche gegen Dritte geltend gemacht, die niemals damit rechnen konnten, noch Schuldner von Aufwertungsansprüchen zu werden, Dritte, die sich mit Rechtsgeschäften auseinandersetzen müssen, die sie selbst nie abgeschlossen haben. Der Schutz des öffentlichen Glaubens verliert völlig seine Bedeutung. Nicht einmal die Grenzen der Aufwertung von 25% werden bei persönlichen Ansprüchen gewahrt. Die Tatsache der Inflationsveräußerung wird überhaupt nicht mehr geachtet. Wenn jetzt auch noch bei einer Kette von Geschäften dem Richter zugemutet wird, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles eine Entsch. zu finden, so mutet man dem Richter eine Funktion zu, die er ohne willkürliche Ergebnisse überhaupt nicht erfüllen kann.

Es trifft auch nicht zu, daß — wie Mügel meint — diese Rspr. den Vorarbeiten zum AufwG. entspricht. Richtig ist, daß der Gesetzgeber ursprünglich den Ausgleich zwischen den Beteiligten selbst in gewissem Umfange regeln wollte. Der § 30 in der Fassung, wie er der zweiten Lesung des Ausschusses unterbreitet wurde, lautete wie folgt:

„Ist das belastete Grundstück in der Zeit v. 14. Febr. 1924 bis zum Inkrafttreten dieses Ges. veräußert worden, so haftet der Veräußerer dem Erwerber wegen einer nach den Vorschr. dieses Ges. stattfindenden höheren Aufwertung in gleicher Weise, wie wenn der sich nunmehr ergebende Umfang der Belastung bereits zur Zeit der Veräußerung bestanden hätte. Der Veräußerer haftet nicht

1. soweit der Erwerber die Gefahr einer höheren Aufwertung übernommen hat;
2. wenn der Erwerber es unterlassen hat, die Herabsetzung der Aufwertung zu verlangen, obwohl die Voraussetzungen des § 8 gegeben waren;
3. soweit in seiner Person im Verhältnis zum Erwerber die Voraussetzungen des § 15 Ziff. 2 vorliegen.

Für die Zeit vor dem 14. Febr. 1924 sind für das Haftungsverhältnis die allgemeinen Rechtsvorschriften maßgebend. Hat der Erwerber dem Veräußerer gegenüber die Schuld übernommen und hat der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmigt, so haftet der Erwerber dem Veräußerer nicht, wenn dieser es unterlassen hat, die Befugnisse aus §§ 8, 15 geltend zu machen, obwohl ihre Voraussetzungen gegeben waren."

Diese Fassung läßt klar erkennen, daß man bei den Vorarbeiten zum AufwG. an solche Fälle dachte, wo der Erwerber des Grundstücks mit einer unvorhergesehenen hohen Aufwertung belastet wurde und er sich nunmehr mit seinem Veräußerer auseinandersetzen sollte. Hier war in der Tat ein Ausgleich der beiderseitigen Interessen geboten. Ebenso

18. Durch Annahme einer Ablösungsanleihe wird auf den Aufwertungsanspruch nicht verzichtet.†)

Das LG. hat die Aufwertung deswegen versagt, weil ein Schuldscheindarlehen vorliege. Das BG. hat diesen Entscheidungsgrund mit Recht abgelehnt. Die Schuldurkunde v. 12. Juli 1921 entspricht nicht den Erfordernissen der §§ 30, 40 AnlAblösG. Aus der Schuldurkunde selbst ergibt sich, daß bei ihrer Ausstellung die Auszahlung des Darlehensbetrages noch nicht erfolgt war. Sie vermag daher die Entstehung der Darlehensverpflichtung für sich allein nicht zu beweisen.

Das BG. gelangt aber zu demselben Ergebnis, wie das LG., weil die Kl. Umtausch ihrer Darlehensforderung in Ablösungsanleihe mit Auslosungsrecht nach Maßgabe des AnlAblösG. von dem Bekl. gefordert und angenommen habe.

Diese Erwägungen vermögen die Entsch. nicht zu tragen.

Die Aufwertungsschuld des Bekl. ist durch die Gewährung von Altbesitzanleihe nicht getilgt worden. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Kl. dabei auf ihren Aufwertungsanspruch verzichtet hätte. Ein solcher Verzicht setzt aber voraus, daß der Kl. das Bestehen des Aufwertungsanspruchs damals bekannt war. Dies wird jedoch vom BG. nicht angenommen. Es liegt nichts weiter vor, als daß der Bekl. Stücke einer Ablösungsanleihe leistete, die er nicht schuldete und andererseits auf die in Wahrheit bestehende Aufwertungsforderung keine Leistung machte. Daran wird nichts dadurch geändert, daß auch die Kl. vermeinte, sie habe Anspruch auf Altbesitzanleihe und diesen Anspruch erhob, sowie die Leistung des Bekl. zur Tilgung dieses Anspruchs annahm. Die Folge der Leistung des Bekl. auf die nicht bestehende Altbesitzanleiheschuld ist lediglich die, daß die Kl. das Erhaltene zurückzugewähren und dementsprechend die infolge Auslosung bereits erhaltenen Barbeträge sich auf ihre Aufwertungsforderung aufrechnen lassen muß.

(U. v. 21. Sept. 1931; 20/31 IV. — Berlin.) [Ka.]

---

waren Best. für den Fall vorgesehen, daß etwa der Veräußerer, den der Gläubiger an seiner persönlichen Haftung festhielt, wider Erwarten Aufwertungsansprüchen ausgesetzt war. Überall war das Primäre eine kraft Gesetzes eintretende Aufwertungspflicht, an die sich irgendein Ausgleich anschloß.

Wie wenig man daran dachte, hier etwa dem ursprünglichen Aufwertungsschuldner eine erhöhte Aufwertungspflicht um deswillen aufzuerlegen, weil er sich gegebenenfalls an den Nachmann hätte halten können, geht daraus hervor, daß man dem Veräußerer den Ausgleich gegen den Erwerber nehmen wollte, wenn der Veräußerer es unterlassen hatte, seinerseits rechtzeitig von der Härteklausel Gebrauch zu machen.

In letzter Stunde sah man von der Aufnahme einer gesetzlichen Best. ab. Die Rspr. sollte das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber regeln. Zunächst bewegte sich diese Rspr. auch in durchaus richtigen Bahnen. Zur Erörterung standen Fälle, wo der Erwerber eines Grundstücks mit einer dinglichen Aufwertung belastet wurde, während beide Parteien bei Vertragsabschluß geglaubt hatten, eine solche Aufwertung könne nicht in Frage kommen. Hatte in einem solchen Falle der Veräußerer die Gewähr für die Lastenfreiheit übernommen, und verlangte auf Grund einer derartigen Vertragsbestimmung der Erwerber vom Veräußerer die Befreiung von der Aufwertungslast, obgleich der Veräußerer für das in der Inflationszeit verkaufte Grundstück so gut wie nichts erhalten hatte, so war in der Tat unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ein Ausgleich zwischen den Beteiligten geboten. Dem Erwerber, der das wertvolle Grundstück besaß, konnte nach Treu und Glauben zugemutet werden, trotz der vertraglichen Gewährleistungsbestimmung die Aufwertungslast selbst zu tragen. Das war der Ausgangspunkt der AusgleichsRspr. Das Primäre war auch hier die Aufwertung, die kraft Gesetzes eintrat. Daran schloß sich die Ausgleichspflicht an.

Das gleiche konnte in Frage kommen, wenn ein vermögender Mann in der Inflationszeit ein Grundstück für ein völlig unzulängliches Entgelt veräußert hatte, und der Veräußerer mit Rücksicht auf seine sonstige Vermögenslage zu einer unvorhergesehenen hohen Aufwertung herangezogen wurde. Auch hier konnte es unter Umständen billig sein, daß der Erwerber, der das wertvolle Grundstück besaß, zur Befreiung des persönlich in Anspruch genommenen Veräußerers beitrug. Das Primäre ist wiederum die Existenz eines Aufwertungsanspruches, der den Veräußerer ohne Rücksicht auf das einzelne Geschäft im Hinblick auf seine allgemeine Vermögenslage trifft.

Die Gedankengänge, die sich aber jetzt innerhalb der AusgleichsRspr. durchgesetzt haben, ähneln einem Taschenspielerkunststück. Statt von der Aufwertung auszugehen, geht man von dem durch die Rspr. geschaffenen Ausgleichsanspruch aus. Nur deshalb, weil man dem Aufwertungsschuldner einen Ausgleichsanspruch gibt, wertet man ihm gegenüber auf, und weil man dann aufwertet, gibt man dem Schuldner wieder einen Ausgleichsanspruch.

Bei einer derartigen Konstruktion gleicht man nicht eine entstandene Erschütterung der Geschäftsgrundlage aus, sondern man erschüttert die Geschäftsgrundlage überhaupt erst dadurch, daß man auf Grund des Ausgleichsanspruches eine Aufwertung konstruiert. Das ist mit dem Willen des Aufwertungsgesetzgebers nicht zu vereinen; und wenn man denn gar dieses Experiment für eine Kette von Geschäften vervielfacht, so verliert man völlig den Boden unter den Füßen. Es ist unbedingt geboten, daß die InstGer. von der Befugnis, einen Ausgleich zu gewähren, nur in vorsichtiger Weise Gebrauch machen, und daß sie sich wieder der Grenzen bewußt werden, die der Rspr. im Interesse der Rechtssicherheit gesetzt sind.

Um einer Übertreibung der AusgleichsRspr. entgegenzutreten, wird in erster Linie der Gesichtspunkt der Verwirkung berücksichtigt werden müssen. Diese Idee umfaßt das gesamte Rechtsgebiet des Rechts der Schuldverhältnisse; es ist anerkannt, daß sie nicht nur auf die Aufwertung selbst Anwendung findet. Gerade, wenn man es überhaupt zuläßt, daß über eine Kette von Ansprüchen der Ausgleich durchgeführt wird, muß der Dritte, der in völlig unvoraussehbarer Weise durch die Rechtsbeziehungen anderer Personen beeinflußt werden soll, gegen eine verspätete Inanspruchnahme geschützt werden. Tut man dies nicht, dann wird die Abwicklung der Aufwertung überhaupt kein Ende mehr nehmen.

Was die Frage der Verwirkung betrifft, so hat insbes. das RG. in der Entsch. v. 4. Dez. 1931: AufwRspr. 1932, 560, noch einmal mit voller Schärfe betont, daß Verwirkung etwas ganz anderes als ein stillschweigender Verzicht des Gläubigers ist. „Der Untergang des Anspruchs kraft Verwirkung“, so heißt es in dieser Entsch., „steht als Erlöschungsgrund selbständig und unabhängig neben dem des Verzichts; er ist allein aus § 242 BGB. herzuleiten und greift durch, wenn die Ansprüche von seiten des Gläubigers so spät erhoben werden, daß ihre Geltendmachung mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint“.

Rein objektiv muß daher die Tatsache gewertet werden, daß es regelmäßig sowohl für den Ausgleichsschuldner wie für die Rspr. selbst unzumutbar ist, wenn sechs oder sieben Jahre nach Beendigung der Inflation, nach Hochkonjunktur und Ausbruch einer Weltwirtschaftskrise der Richter Rechts- und Wirtschaftsverhältnisse regeln soll, für die ein wirklich gerechter Maßstab nicht mehr zu finden ist.

RA. Dr. Hans Fritz Abraham, Berlin.

Zu 18. 1. Das RG. hat schon wiederholt (z. B. JW. 1930, 1307[9], 2411[22, 23]) ausgesprochen und in RG. 131, 1 ff. = JW. 1931, 2715 erneut eingehend begründet, daß eine Urk. nur dann als Schuldschein gelten kann, wenn sie für sich allein geeignet ist, den wesentlichen Inhalt der Darlehnsschuldverpflichtung zu erbringen. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Schuldschein den Nachweis der Zahlung nicht enthält. Ergibt sich aus dem Schuldschein sogar, daß die Zahlung der Darlehnssumme nicht erfolgt ist, so kann von einem Schuldschein i. S. der §§ 30, 40 AnlAblösG. keine Rede sein.

2. Ebenso steht in der Rspr. des RG. der Satz fest, daß ein Verzicht nicht vermutet wird (RG. 116, 313 = JW. 1927, 1849; 118, 66 = JW. 1927, 2918) und ein Verzicht auf den AufwAnspruch nur vorliegt, wenn der Berechtigte das Bestehen des AufwRechtes kannte oder doch wenigstens die Vorstellung von der Möglichkeit seines Bestehens hatte (RG. 110, 127 = JW. 1925, 948; 116, 316, 317 = JW. 1927, 1849).

3. Nach diesen Grundsätzen konnte es sich in vorliegendem Fall nur darum handeln, wie das Umtauschverlangen des Kl. auszulegen sei. M. E. ist die Auslegung des RG. zu billigen. Der Kl. war der Meinung, er habe keinen Aufwertungsanspruch, sondern nur ein Recht auf die durch die gesetzl. Umwandlung seiner Forderung in Anleiheablösungsschuld ihm zustehenden Anleihestücke. Er war sich daher der Möglichkeit eines AufwAnspruches nicht bewußt; denn die gesetzl. Umwandlung in Anleiheschuld würde die AufwMöglichkeit ausgeschlossen haben. Daher konnte in dem Geben und Nehmen der Anleihestücke auch kein konkludent erklärter Verzicht auf die Aufwertung gesehen werden. Das Fordern und Leisten der Stücke erfolgte auf Grund vermeintlicher gesetzl. Verpflichtung und war folglich keine Vereinbarung über die Leistung an Zahlungs Statt. Aber selbst wenn man das annehmen wollte, so wäre doch nur die Darlehnsforderung in ihrem Papiermarkwert getilgt, aber nicht der von den Parteien gar nicht erkannte AufwAnspruch. Daher ist es richtig, daß die Bekl. ihre Anleihestücke wegen Nichtschuld (condictio indebiti) zurückverlangen kann, der AufwAnspruch aber noch zu erfüllen ist und auf ihn die bezahlten Barverträge zu verrechnen sind.

Prof. Dr. Heinrich Stoll, Tübingen.

II. Verfahren.

19. §§ 3, 8, 546 Abs. 1 und 3 ZPO.

1. Sind die Parteien darüber einig, daß ein Rechtsverhältnis einen bestimmten Zeitpunkt nicht überdauert hat, so hat das Klageverlangen der Feststellung der Nichtigkeit des Pachtvertrages für die Folgezeit nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Pachtverhältnisses zum Gegenstand, sondern nur die Bedeutung, Schadensfolgen abzuwehren. In solchem Falle ist nicht § 3, sondern § 8 ZPO. für die Bemessung des Revisionsinteresses maßgebend.

2. Dem Pächter neben dem reinen Pachtzins obliegende Leistungen an Feuerversicherungsprämien, Rentenbankzins, Instandsetzungskosten, Steuern, sind nicht Zins im Sinne des § 8 ZPO.

Der Bekl. hatte von dem Kl. durch Vertrag v. 24. Mai 1924 dessen Hof in G. zur Pacht erhalten, die er am 1. Okt. 1925 angetreten hat. Nach dem Vertrag sollte die Pachtzeit bis zum 30. Juni 1929 dauern. Nachdem der Bekl. den Vertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Kl. angefochten, der Kl. ihn wegen Zahlungsverzugs des Bekl. gemäß einer Vertragsbestimmung für aufgehoben erklärt hatte, gab am 1. Okt. 1926 der Bekl. die Pachtung auf.

Vorher schon hatte der Kl. wegen seiner Ansprüche auf Bar- und Naturalzins sowie auf Auslagenersatz für die Zeit vom 1. Okt. 1925 bis 30. Sept. 1926 Klage erhoben, die er vor dem LG. zuletzt auf Zahlung von 2118,91 *RM* nebst Zinsen richtete. Der Bekl. erhob Widerklage auf Feststellung, daß der Pachtvertrag nichtig sei. Das LG. wies diese Widerklage ab und verurteilte den Bekl. nach dem Klageantrag. Auf die Berufung des Bekl. änderte das OLG. durch Urt. v. 27. Nov. 1928 die Vorentscheidung nur insoweit, als es die Verurteilung zur Klage auf 1567,77 *RM* beschränkte. Auf die nur von dem Bekl. eingelegte Rev. wurde dieses Urteil aufgehoben und wurde die Sache an das BG. zurückverwiesen. In dem weiteren Verfahren vor diesem Gericht suchte der Kl. gegenüber den auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag des Bekl. nach, die Berufung des Bekl. gegen das Urt. des LG. zurückzuweisen. Das OLG. wies nunmehr die Klage ab und stellte nach dem Widerklageantrag die Nichtigkeit des Pachtvertrags fest. Die Rev. des Kl. wurde als unzulässig (§ 546 Abs. 1 und 3 ZPO.) verworfen.

Zugunsten des Kl. mag angenommen werden, daß der von ihm in dem zweiten Berufungsverfahren und jetzt gestellte Antrag die Aufrechterhaltung des landgerichtlichen Urteils in voller Höhe zum Ziel hat, obwohl er gegen das Urteil des BG. v. 27. Nov. 1928, insoweit es die 1567,77 *RM* übersteigenden Ansprüche abwies, kein Rechtsmittel eingelegt hat und deshalb sachlich eine Aufrechterhaltung des landgerichtlichen Urteils in vollem Umfang nicht mehr erreichen kann (RG. 56, 31 ff.). Von dem Klagebegehren entfällt ein Teil von 1768,31 *RM* auf Pachtzinsansprüche, der Rest auf Ersatzansprüche. Auch für die Bestimmung des Werts der Widerklage ist, wenn § 8 ZPO. in Anwendung kommt, der Betrag des jährlichen Pachtzinses bestimmend. Soweit danach Klage und Widerklage sich im Wert nach dem Pachtzins des gleichen Zeitraums bestimmen, ist die Widerklage nur Gegenbild der Klage, und eine Zusammenrechnung nach den zu § 546 Abs. 2 ZPO. geltenden Grundsätzen findet nicht statt. Das Begehren der Widerklage, die Nichtigkeit des Pachtvertrages festzustellen, hat indes nur zum Teil das in § 8 ZPO. berücksichtigte Bestehen oder Nichtbestehen eines Pachtverhältnisses zum Gegenstand, da beide Parteien darüber einig sind, daß das Pachtverhältnis den 1. Okt. 1926 nicht überdauert hat. Für die Folgezeit bis zu dem vertraglich vorgesehenen Ende der Pachtzeit am 30. Juni 1929 hat das Feststellungsverlangen des Bekl. die andere Bedeutung: aus den Bestimmungen des Pachtvertrags von dem Kl. hergeleitete Folgen, Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung, abzuwehren. Ansprüche dieser Art fallen nicht unter § 8 ZPO., das Interesse des RevKl. hinsichtlich der Feststellung ist vielmehr nach § 3 ZPO. zu schätzen (RG.: 1895, 322[2]). Für die Wertbestimmung nach dem Pachtzins kommt also aus der Widerklage nur die Zeit vom 1. Okt. 1925 bis zum 30. Sept. 1926 in Betracht, eben die Zeit, für die auch die Klage einen Betrag von 1768,31 *RM* an Pachtforderung geltend macht. Somit ist vorbehaltlich der Bewertung der Widerklage, soweit sie die Zeit nach dem 1. Okt. 1926 angeht, zur Klage und zur Widerklage als Wert nur ein Jahrespachtzins neben den in der Klage mit 350,60 *RM* noch geforderten Ersatzleistungen, einzustellen, und zwar entweder der in der Klage angesetzte oder der höhere, der sich aus den Bestimmungen des Pachtvertrags etwa ergibt. Der Kl. hat in seiner Eingabe v. 20. Mai 1930 den Jahrespachtzins (Roggenzins, Naturalien, zu denen er auch Ersatzleistungen zieht) mit nur 1422 *RM* angesetzt. Bei Richtigstellung von Rechenfehlern dieser Aufstellung würde sich aber ein Gesamtbetrag von 1904,90 *RM* ergeben. Zu seinen Lasten läßt der Kl. dabei außer acht, daß nach dem Vertrag der Zins von zwei Zentner Roggen je Morgen fest von 77 Morgen, nicht von der wahren Größe des Landes berechnet werden soll, so daß der reine Roggenwertzins bei einem mit dem Kl. anzunehmenden Durchschnittspreis von 10 *RM* je Zentner 1540 *RM* im Jahre ausmacht. Auf der anderen Seite hat der Kl. zu Unrecht Leistungen an Feuerversicherungsprämien, Rentenbankzins, Instandsetzungskosten und Steuern zu dem Pachtzins gerechnet. Aufwendungen dieser Art gehören zwar zu den dem Pächter nach dem Vertrag obliegenden Leistungen, sind aber nicht Zins i. S. von § 8 ZPO. Diese Bestimmung, die einen geeigneten Rechnungsfaktor wählt, denkt an das laufende und bestimmte Entgelt für die Pachtüberlassung (gleichviel, ob es in Geld oder Naturalien zu belegen ist). Dagegen kommen für die Wertberechnung die dem Pächter zur Instandhaltung, Instandsetzung, Wirtschaftsführung auferlegten Pflichten nicht in Ansatz, ebensowenig sonstige Nebenleistungen, deren Festsetzung das Ziel hat, Lasten und Gefahren des Pachtlandes zwischen Eigentümer und Nutzungsberechtigten zu verteilen (in gleichem Sinn RG.: JW. 1910, 291[27]). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Lasten und Verpflichtungen für den Pächter drückend, für den Verpächter entlastend und vorteilhaft sind. — Zu den 1540 *RM* Roggenpachtzins sind deshalb nur die Naturalleistungen mit 346 *RM* hinzuzuwählen. Zu dem so errechneten Gesamtzins mit 1886 *RM* treten weiter Ersatzleistungen mit 350,80 *RM*, so daß, abgesehen von der Widerklage, soweit sie die Zeit nach dem 1. Okt. 1926 betrifft, sich ein Streitwert von 2236,80 *RM* ergibt.

(Es wird dann weiter ausgeführt, daß es hinsichtlich der Schadensersatzansprüche, die der Bekl. für die Zeit bis Vertragsende abzuwehren habe, an einer Glaubhaftmachung dahin fehle, daß sie mit den 2236,80 *RM* zusammen mehr als 6000 *RM* ausmachten.)

(Beschl. v. 13. Okt. 1930; 215/30 VIII. — Celle.) [H.]

III. Stempelrecht.

****20.** § 1090 BGB.; TarSt. 19 LStempStG. Die Vollmacht für die Bewilligung der Eintragung einer Dienstbarkeit ist nach dem Wert der Dienstbarkeit zu verstempeln. Besteht diese in der Gewährung der Ausbeute von Bodenschätzen, so ist, solange unbekannt ist, ob solche überhaupt vorhanden sind, der Wert „unbestimmt" i. S. des § 8 Abs. 1 LStempStG., und es kann demnach, wenn der Wert der Dienstbarkeit in Zukunft festgestellt oder geschätzt werden kann, die nachträgliche Zahlung der Stempelsteuer verlangt werden. Das ändert aber nichts daran, daß zur Zeit der Wert als „nicht schätzbar" i. S. der TarSt. 19 Abs. 3 anzusehen und die Vollmacht daher vorerst mit 1,50 *M* zu verstempeln ist.†)

Die Kl. schloß vier notarielle Verträge mit der „Deutsche Bodenschätze GmbH.", welche dabei als Bevollmächtigte von Grundbesitzern in G. handelte. Danach räumen die Grund-

---

Zu 20. Der Entsch. des RG. ist zuzustimmen. Es handelt sich um die Verstempelung einer Vollmacht, durch die der Bevollmächtigte ermächtigt war, für die Grundstückseigentümer die Eintragung einer

eigentümer der Kl. das Recht ein, auf ihrem Grundbesitz nach Quarziten zu schürfen, zu bohren und die aufgeschlossenen Quarzite ausschließlich und auf die Dauer von fünfzig Jahren auszubeuten und zu verwerten; dieses Recht sollte auf Verlangen der Kl. als beschränkte persönliche Dienstbarkeit ins Grundbuch eingetragen werden, wozu sich die Grundeigentümer verpflichteten. Die Grundstückseigentümer bevollmächtigten die Kl., für sie die Eintragung der Dienstbarkeit zu bewilligen und zu beantragen.

Die Vollmachten, um deren Stempelpflichtigkeit gemäß TarSt. 19 LStempStG. es sich handelt, betrafen die Bewilligung und Beantragung der Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit i. S. des § 1090 BGB. Der Wert des Gegenstandes der Vollmachten, der für die Berechnung der Stempelabgabe Maß gibt, ist also gleich dem Werte jener Dienstbarkeit. Weiter ist dem BerR. auch darin beizustimmen, wenn er das Interesse der Kl. gleichsetzt mit ihrem Interesse an der Ausbeutung. Wenn er aber sodann darzulegen sucht, jenes Interesse — und damit auch der Gegenstandswert der Vollmachten — müsse sich aus der Gesamtheit der Gegenwerte ergeben, die den Eigentümern vertraglich zugesichert worden seien, und deshalb hänge die Entsch. von der Schätzbarkeit der zugesicherten Gegenwerte ab, so ist dem nicht zu folgen. Würde es sich um die Verstempelung von Pachtverträgen handeln, so wäre freilich die Gegenleistung des Pächters, der Pachtzins, maßgebend (vgl. TarSt. 10 II Abs. 1 LStempStG.), aber davon ist im gegebenen Falle nicht die Rede. Der Wert der Dienstbarkeit kann nur nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt werden. Wie im Falle einer Nießbrauchsbestellung nur dann ein wirtschaftlicher Wert des Nießbrauchs anzunehmen wäre, wenn der belastete Gegenstand Nutzungen abwirft (vgl. auch TarSt. 9 LStempStG., wo auf die nach dem Reinertrage des Nießbrauchs zu berechnenden Nutzungen abgestellt wird), so kann man bei einer auf Ausbeutung der Bodenschätze eines Grundstücks gerichteten Dienstbarkeit nach § 1090 BGB. nur dann von einem der Ermittlung zugängigen wirtschaftlichen Werte sprechen, wenn solche Bodenschätze tatsächlich vorhanden sind. Solange darüber keine Gewißheit besteht, muß der Wert der Grunddienstbarkeit als durchaus unschätzbar gelten. Die Vorarbeiten (Schürfen und Bohren), zu denen nach den Verträgen die Kl. auch befugt sein sollte, stellen für sich keinen wirtschaftlichen Aktivposten dar, sondern bedeuten, wenn keine abbauwürdigen Quarzitvorkommen angetroffen wurden, nur wirtschaftliche Einbußen. Mithin ist deren Vorhandensein in den belasteten Grundstücken Voraussetzung für die Vornahme einer Schätzung des Wertes der Dienstbarkeit. Diese Voraussetzung war offensichtlich nicht gegeben im Zeitpunkt der Vollendung der Beurkundung der Verträge, der für die Beurteilung der Stempelpflichtigkeit der Regel nach Maß gibt. Denn die Verträge erteilten der Unternehmerin erst die Befugnis, auf den Grundstücken der Vertragsgegner die von ihr beabsichtigte Tätigkeit zu entfalten mit dem Ziele, festzustellen, ob dort abbauwürdiger Quarzit vorhanden sei. Fehlt es aber an dieser Voraussetzung, dann kommt der Bemessung der Gegenleistung der Unternehmerin kein Gewicht in Ansehung der Ermittlung des Wertes der Dienstbarkeit zu. Es ist denkbar, daß jemand einen hohen Preis dafür zahlt, daß ihm die Möglichkeit eröffnet wird, eine Gelegenheit zu einem Erwerb aufzusuchen, der vielleicht beträchtlichen Gewinn verspricht; erfüllt sich aber seine Erwartung nicht, so hat er den Geldbetrag für ein wirtschaftliches Nichts aufgewendet, und es geht nicht an, den Wert der fehlgeschlagenen Unternehmung jenem Geldbetrage gleichzusetzen. Ohne Belang ist demnach die Erörterung des BerR. über die geldlichen Leistungen, die den Grundeigentümern teils für sofort, teils für später vertraglich zugesichert wurden.

Die Rev. macht einen späteren Wegfall der ursprünglich — im Zeitpunkt der Beurkundung der Verträge — zweifellos gegebenen Unschätzbarkeit des Gegenstandswertes der Vollmachten geltend. Wenn die Rev. hierbei § 8 LStempStG. anführt, so ist anzuerkennen, daß die im Abs. 1 das. aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Bei dem stempelpflichtigen Geschäft ist in der Tat der Wert des Gegenstandes dergestalt unbestimmt, daß er von vornherein nicht festgestellt oder geschätzt werden kann. Ob der Satz, Unbestimmtheit des Wertes sei nicht gleichbedeutend mit Unschätzbarkeit, richtig ist, mag dahinstehen; jedenfalls schließen sich aber diese Begriffe nicht aus, denn schon der Wortlaut des § 8 Abs. 1 LStempStGes. zeigt, daß ein Wert auch dann als „unbestimmt" gelten soll, wenn er „von vornherein nicht geschätzt werden kann". Es bleibt sonach dem Bekl. unbenommen, durch die Steuerbehörde die in der Gesetzesvorschrift zugelassenen Maßnahmen treffen zu lassen, um die nachträgliche Zahlung der Stempelsteuer für den Fall zu sichern, daß etwa in Zukunft der Wert der streitigen Vollmachten festgestellt oder wenigstens geschätzt werden kann. Dies ändert jedoch nichts daran, daß gegenwärtig nur der in TarSt. 19 Abs. 3 LStempStG. geordnete Feststempel von 1,50 ℳ erhoben werden darf, denn jetzt ist der Wert des Gegenstandes der Vollmachten nicht schätzbar, und ob sich diese Lage der Dinge überhaupt jemals ändern wird, ist ungewiß. Wenn aber die Rev. auch in dieser Richtung Einwendungen erhebt und rügt, daß der Vorderrichter versäumt habe, unter Anwendung des § 139 ZPO. aufzuklären, ob sich nicht bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung die Unbestimmtheit in Gewißheit verwandelt habe, so ist diese Beanstandung abzulehnen. Es wäre Sache des Bekl. gewesen, darzulegen, daß und inwiefern der Zustand der Unschätzbarkeit inzwischen zugunsten des Bekl. eine Änderung erfahren haben soll. Daß das Vorbringen der Kl. zur Ausübung des Fragerechts hätten Veranlassung geben müssen, ist nicht anzuerkennen. Die Inangriffnahme von nur drei oder vier Morgen in G. genügte ganz offensichtlich nicht, um über den Umfang des etwaigen Quarzitvorkommens ein klares Bild zu gewinnen.

(U. v. 5. Febr. 1932; 221/31 VII. — Düsseldorf.) [Ku.]

21. TarSt. 32c LStempStG. v. 30. Juni 1909. Verstempelung der Einräumung eines Erdölgewinnungsrechtes. Die Übertragung des dem

---

beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (sog. subjektiv-persönlichen Grunddienstbarkeit) zu bewilligen und zu beantragen. Für derartige Dienstbarkeiten bestimmt der § 1090 Abs. 1 BGB.:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann."

In gleicher Weise wie bei der Vollmacht für eine Hypothekenbestellung der Wert sich nach demjenigen der Hypothek richtet, ist bei der Vollmacht für den Antrag auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit deren Wert maßgebend. Mit Recht nimmt das RG. an, daß es nicht auf den Wert der Gegenleistung ankommt. Wenn die gegenteilige Auffassung des Vorderrichters richtig wäre, würde bei der schenkweisen Bestellung einer Hypothek der Wert gleich Null sein. Maßgebend ist vielmehr, wie das RG. ausführt, der wirtschaftliche Wert der Dienstbarkeit, der wiederum in dem vorliegenden Falle von dem Umfange der zu gewinnenden Bodenschätze abhing. Da aber noch nicht feststand, ob solche Bodenschätze überhaupt vorhanden waren, unterliegt die Stempelpflicht, wie das RG. zutreffend darlegt, dem § 8 Abs. 1 StempStG.:

„Wenn bei einem Geschäfte der Wert des Gegenstandes dergestalt unbestimmt ist, daß er von vornherein nicht festgestellt oder geschätzt werden kann, so hat der zur Entrichtung der Abgabe Verpflichtete die Urkunde innerhalb der in den §§ 15 und 16 angegebenen Fristen der Steuerbehörde vorzulegen, welche das Erforderliche wegen der Überwachung, Sicherstellung und nachträglichen Zahlung der Stempelsteuer anordnen wird."

Der § 1 Abs. 1 Satz 1 StempStG. bestimmt jedoch:

„Die in dem anliegenden Tarif aufgeführten Urkunden unterliegen den darin bezeichneten Stempelabgaben."

Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Tarifvorschriften in erster Reihe zu beachten sind. Es ist deshalb dem RG. darin zu folgen, daß § 8 StempStG. an der Vorschrift der Tarifstelle 19 (3) nichts ändert, wonach Vollmachten mit unschätzbarem, also auch mit unbestimmtem Werte vorerst in jedem Falle mit dem Feststempel von 1,50 ℳ zu versteuern sind. Sobald sich in Zukunft der Umfang der Bodenschätze feststellen und damit der wirtschaftliche Wert der Dienstbarkeit schätzen läßt, bleibt es dem Stempelfiskus unbenommen, den Mehrstempel gem. § 8 StempStG. nachzufordern.

RA. Dr. Curt Callmann, Berlin.

Eigentümer zustehenden Rechts auf Ausbeutung eines Mineralvorkommens ist als Veräußerung eines Gegenstandes anzusehen. Es ist aber zu prüfen, ob die Begründung eines solchen Rechts nicht in Wahrheit die pachtmäßige Überlassung des Grundstücks selbst und die Bestellung einer Dienstbarkeit für den Berechtigten nur die dingliche Sicherung des rein schuldrechtlichen Verhältnisses bedeutet.

Zwischen dem Kl. sowie vierzehn anderen Grundeigentümern der Realgemeinde W. und dem Oberbohringenieur K. war am 13. März 1924 ein notarieller Vertrag geschlossen worden, laut dessen § 1 die Grundeigentümer K. „das ausschließliche dingliche, auf Verlangen eines der Beteiligten in das Grundbuch einzutragende Recht einräumten, auf ihren Grundstücken zu bohren oder zu schürfen und die hiermit etwa aufgeschlossenen Lager von Petroleum, bituminösen Stoffen und sonstigen dem Verfügungsrechte der Eigentümer unterliegenden und zur bergmännischen Ausbeutung geeigneten Stoffen in jeder beliebigen Weise zu gewinnen und sich anzueignen". Nach den §§ 4—6 des Vertrags hatte K. den Grundeigentümern „für die Überlassung der Bohrgerechtsame" ein jährliches, nach der Grundfläche bemessenes „Wartegeld", im Falle der Förderung von Erdöl einen „Förderzins" von 1 GM. für je 200 kg der geförderten und kaufmännisch verwerteten Menge und im Falle der Benutzung von Boden für Bohr- oder Betriebszwecke einen Betrag von 300 oder 500 GM. für 12½ a der in Anspruch genommenen Fläche zu zahlen. Für die Urkunde wurde zunächst ein Stempel von 45 *RM* erhoben, i. J. 1929 aber mit Rücksicht auf die bis zum 31. März 1930 bezahlten Wartegelder ein Nachstempel von 99 *RM* auf Grund der TarSt. 7 Nr. 1b PrStempStG. angefordert. Der Kl. zahlte und erhob darauf Klage auf Rückzahlung. LG. hat abgewiesen. Auf eine Sprungrevision hat das RG. aufgehoben.

Unter dem „PrStempStG.", dessen TarSt. 7 Nr. 1b das BG. zur Anwendung bringt, kann nur das StempStG. i. d. Fass. v. 27. Okt. 1924 (GS. 627) verstanden sein. Das Ges. v. 27. Okt. 1924 durfte aber auf den vorliegenden Vertrag v. 13. März 1924 nicht angewendet werden, weil es erst am 1. Nov. 1924 in Kraft getreten ist und für die vorher stempelpflichtig gewordenen Urkunden keine Geltung beansprucht. Das in Wirklichkeit maßgebende Ges. v. 30. Juni 1909 enthält nun freilich in seiner TarSt. 32c eine Vorschrift, die in gleicher Weise wie die von der Steuerbehörde und vom LG. versehentlich angewendete für den streitigen Fall in Betracht gezogen werden kann, da sie „Kauf- und Tauschverträge und andere lästige Veräußerungsgeschäfte enthaltende Verträge" für stempelpflichtig erklärt, „wenn sie andere Gegenstände aller Art (als die in a und b bezeichneten unbeweglichen Sachen und die ihnen gleichgeachteten Rechte) betreffen" und sie nicht auf Grund der TarNr. 4 RStempG. v. 27. April 1894 der Reichsstempelabgabe unterliegen oder von dieser befreit sind. Der Steuersatz beträgt aber nach dieser Vorschrift nur ⅓ % vom Gesamtwerte der Gegenleistung, während er im Ges. v. 27. Okt. 1924 auf ⅔ % bemessen und von der Steuerbehörde entsprechend berechnet worden ist. Es geht auch nicht an, den Steuerbetrag ohne weiteres nach dem zutreffenden geringeren Satz zu berechnen, weil nicht ersichtlich ist, in welcher Weise die ursprünglich erhobenen 45 *RM* auf die aus dem Gesamtbetrage der Wartegelder für sechs Jahre ermittelte Nachforderung von 99 *RM* angerechnet worden sind oder nicht darauf anzurechnen waren.

Bei der erneuten Erörterung wird die Frage zu prüfen sein, ob der Vertrag überhaupt ein „lästiges Veräußerungsgeschäft" i. S. der TarSt. 32 zum Gegenstande hat. In dem Urteil RG. 116, 69[1]) hat der erk. Sen. für die Geltungszeit des Ges. v. 16. März 1924 die Auffassung eingehend begründet, daß die Übertragung des dem Eigentümer zustehenden Rechtes zur Ausbeutung eines Mineralvorkommens zwar nicht, wie er in einer früheren Entsch. ausgesprochen hatte, als Veräußerung eines einer unbeweglichen Sache gleichgeachteten Rechtes i. S. der damaligen TarSt. 32a, wohl aber als Veräußerung eines „anderen Gegenstandes" i. S. der damaligen TarSt. 32c zu behandeln sei. Die für diese Entsch. maßgebenden Erwägungen, an denen der Senat festhält, würden auch in dem heute vorliegenden Falle dazu führen, die sachlich entsprechende TarSt. 32c des Ges. vom 30. Juni 1909 für anwendbar zu erachten. Eine zum Inhalt des Eigentums gehörende Befugnis des Eigentümers ist zwar als solche kein selbständiges Recht, aber immerhin ein „Gegenstand", und ihre Übertragung auf einen anderen unter Ausgestaltung zu einem selbständigen Recht ist eine Veräußerung i. S. des StempG. Es erscheint aber zweifelhaft, ob nach dem Willen der Beteiligten die im § 14 vereinbarte Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den ersten Ausbeutungsberechtigten den wesentlichen Inhalt des Vertrags bildet oder ob dieser nicht in der pachtähnlichen Überlassung eines bestimmten Gebrauchs der Grundstücke und des Genusses gewisser Früchte besteht und die Bestellung einer Dienstbarkeit für den jeweiligen Ausbeutungsberechtigten nur eine Nebenabrede zur dinglichen Sicherung dieses an sich rein schuldrechtlichen Verhältnisses darstellt. Für diese letztere Auslegung spricht, daß die der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wesentliche Begrenzung auf die Lebenszeit des Berechtigten (s. §§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB.) dem Zwecke und der wirtschaftlichen Bedeutung eines Erdölgewinnungsrechts wenig entspricht und daß das im § 9 des Vertrags für „den Unternehmer sowie den Rechtsnachfolger" bedungene Recht zur Übertragung „aller aus dem Vertrag übernommenen persönlichen Rechte und Pflichten" über die im § 1092 BGB. vorgesehene Erlaubnis zur Überlassung der Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hinauszugehen scheint. Auch der im § 13 bedungene Vorbehalt eines Rücktrittsrechts des Unternehmers läßt sich eher als Kündigungsbefugnis bei einem pachtähnlichen Vertrag, denn als das selbstverständliche Recht zum Verzicht auf ein dingliches Recht verstehen.

(U. v. 24. März 1931; 200/30 VII. — Celle.) [Ku.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. **Die vor Inkrafttreten des AufwG. begründeten wertbeständigen Rechte sind mit Inkrafttreten des AufwG. auf Grund des § 7 Abs. 4 mit absoluter Wirkung gegenüber später begründeten Rechten in die Rangstelle gelangt. Die Belegung der Rangstelle durch diese Rechte bedarf zur Erhaltung des Vorrangs vor später erworbenen Rechten keiner Vermerkung in der Befugniseintragung.** †)

Die Frage, welche Möglichkeiten die Eigentümerbefugnis des § 7 AufwG. hinsichtlich der Aufnahme von Grundkredit eröffnet, insbes. die Frage, ob sie die Bestellung von Hypotheken oder Grundschulden im Range vor denjenigen Rechten, die erst nach Inkrafttreten des AufwG. begründet werden, nicht ermöglicht, ob sie also nur relative Wirkung hat, kann überhaupt nur insoweit entstehen, als die Befugnis im Zeitpunkt des Erwerbs der neuen Rechte noch ausübbar ist. Sie ist nicht ausübbar, soweit die ihren Gegenstand bildende Rangstelle bereits ausgenutzt, belegt ist. Diese Belegung kann auf zweifache Weise erfolgen, nämlich entweder dadurch, daß ein zur Zeit des Inkrafttretens des AufwG. bestehendes wertbeständiges Recht gem. § 7 Abs. 4 in die Rangstelle einrückt oder dadurch, daß der Eigentümer die Rangstelle einer Hypothek oder Grundschuld gem. § 7 Abs. 1 AufwG. einräumt. Im ersteren Falle erfolgt die Belegung der Rangstelle kraft Ges. im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AufwG., und zwar unabhängig davon, ob die Rangstelle selbst und das Einrücken der wertbeständigen Hypothek im Grundbuch eingetragen wird (§ 7 Abs. 3 und 4 AufwG.); im zweiten Falle vollzieht sich

---

[1]) JW. 1927, 1754.

Zu 1. Die Vorschrift des § 7 Abs. 4 AufwG. bezweckt eine Besserstellung der in die Rangstelle einrückenden wertbeständigen Rechte. Es ist daher selbstverständlich, daß sie einen Vorrang vor anderen Rechten, den sie schon vor diesem Einrücken auf Grund der Vorschr. des § 879 BGB. vor später eingetragenen Rechten, also hier vor Nr. 25, hatten, durch das Einrücken nicht verlieren. Mit der Frage der absoluten oder relativen Wirkung des Rangvorbehalts des § 7 hat die Erhaltung dieses Vorrangs nichts zu tun. Der Entsch. des KG. ist daher im Ergebnis unbedenklich zuzustimmen. Was die Art der Begründung anlangt, so kommt es m. E. darauf, ob das Einrücken in die vorbehaltene Rangstelle kraft Ges. oder kraft einer Ausübung der Rangbefugnis des Eigentümers erfolgt ist, nicht an, vielmehr scheint es mir das richtigste zu sein zu sagen, daß der Gläubiger, der den Vorrang in der vorbehaltenen Rangstelle geltend

der Verbrauch der Rangstelle im Zeitpunkt, in welchem das Recht, dem der Eigentümer die Rangstelle einräumt, an dieser Rangstelle eingetragen wird. Nur im letzteren Falle ist die Eintragung der Rangbefugnis und des ihren Rangplatz belegenden Rechts im Grundbuche Voraussetzung für den Verbrauch der Rangstelle. In beiden Fällen des Rangstellenverbrauchs behält gegenüber später zur Eintragung gelangenden Rechten die durch das AufwG., insbes. dessen § 7, nicht ausgeschlossene Vorschr. des § 879 BGB. Geltung, wonach sich das Rangverhältnis der in derselben Abteilung eingetragenen Rechte nach der Reihenfolge der Eintragungen richtet. Bezüglich der auf Grund von Verfügungen des Eigentümers gem. § 7 Abs. 1 AufwG. in die Rangstelle gelangten Rechte wird gem. § 879 BGB. ihr Vorrang vor später eingetragenen Rechten erst durch den Rechtsakt der Ausübung der Befugnis selbst begründet. Die bereits vor Inkrafttreten des AufwG. im Grundbuch eingetragenen wertbeständigen Rechte haben den Vorrang vor dem erst nach Inkrafttreten des AufwG. zur Eintragung kommenden Rechten auf Grund des § 879 BGB. bereits unabhängig von den Vorschr. des AufwG. erlangt. Aus dieser Rangstelle hätten sie zugunsten später bestellter Rechte nur durch besondere Gesetzesvorschrift verdrängt werden können. Das AufwG. enthält jedoch eine dahingehende Vorschr. nicht, sondern es gestaltet im Gegenteil diese Rangstelle durch § 7 Abs. 4 noch insofern günstiger, als es diese Rechte in die Eigentümerrangstelle des § 7 AufwG. einrücken läßt, also ihren Rang gegenüber allen Rechten, die dem für die Rangbefugnis maßgebenden Mutterrecht nachgehen, aber dem wertbeständigen Recht bisher vorgingen, verbessert. Diese Rangverbesserung tritt kraft Ges. ohne Eintragung ein. Die gem. § 7 Abs. 4 Satz 2 erfolgte Eintragung des Einrückens des wertbeständigen Rechts hat nur berichtigende, das außerhalb des Grundbuchs eingetretene Rangverhältnis verlautbarende Bedeutung (Mügel IV, 11; Quassowski II, 1 und 2; Schlegelberger-Harmening, Anm. 10 zu § 7 AufwG.). Da die Eigentümerbefugnis nach § 7 Abs. 3 zum Schutze gegen die Gefahren des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der Eintragung nicht bedarf, also späteren Rechtserwerbern gegenüber mit ihrem gesetzlichen Inhalt und den gesetzlichen Wirkungen bestehen bleibt, zu dem letzteren aber auch das mit ihrer Entstehung ohne weiteres erfolgende Einrücken wertbeständiger Rechte gem. Abs. 4 gehört, kann den wertbeständigen Rechten ihr Platz innerhalb der Eigentümerrangstelle durch gutgläubigen Erwerb späterer Rechte nicht mehr entzogen werden (Quassowski a. a. O. II, 2). In jedem Falle der Ausnutzung der Eigentümerrangstelle, sei es infolge Einrückens wertbeständiger Rechte gem. Abs. 4, sei es auf Grund von Verfügungen des Eigentümers gem. § 7 Abs. 1 AufwG., steht der Rang des Befugnisrechts gegenüber später erworbenen Rechten absolut und unverwirkbar fest, so daß er eine Verschlechterung zugunsten der letzteren nur im Wege eines Rangrücktritts gem. § 880 BGB. erleiden kann.

An dieser Rechtslage ist durch das GBBereinG., insbes. dessen §§ 17 und 18 nichts geändert. Die in § 17 grundsätzlich festgelegte relative Wirkung der Rangbefugnis kann zur Anwendung nur bezüglich solcher an der Rangstelle eingetragener Rechte kommen, die auf Grund einer Verfügung des Eigentümers in die Rangstelle gelangt sind, und zwar auch insoweit nur im Verhältnis zu solchen Rechten, die nicht nur nach Inkrafttreten des AufwG., sondern auch später als das Befugnisrecht erworben sind, weil andernfalls § 879 BGB. zugunsten der Befugnisrechte Platz greift. Die vor Inkrafttreten des AufwG. begründeten wertbeständigen Rechte sind mit Inkrafttreten des AufwG. auf Grund des § 7 Abs. 4 mit absoluter Wirkung gegenüber später begründeten Rechten in die Rangstelle gelangt. Für die Anwendung der relativen Wirkung der Rangbefugnis ist also immer nur insoweit Raum, als die Rangstelle zur Zeit des Erwerbs der späteren Rechte noch ausnutzbar ist. Mangels Anwendbarkeit der für die Wirkung der Rangbefugnis maßgebenden Regelvorschrift des § 17 GBBereinG. kommt auch die diese einengende Ausnahmevorschrift des § 18 GBBereinG. bezüglich des Rangverhältnisses der in die Rangstelle eingerückten wertbeständigen Rechte zu dem nach Inkrafttreten des AufwG. erworbenen Rechten nicht in Frage. Die Belegung der Rangstelle durch die vor Inkrafttreten des AufwG. begründeten wertbeständigen Rechte bedarf zur Erhaltung des Vorranges vor den später erworbenen Rechten keiner Vermerkung in der Befugniseintragung. Der gesetzliche Rang der wertbeständigen Rechte innerhalb der Eigentümerrangstelle und vor später erworbenen Rechten wird also weder dadurch berührt, ob zur Zeit des Inkrafttretens der §§ 17, 18 GBBereinG. die Eigentümerrangstelle selbst — mit zulässigem Inhalt — eingetragen ist, noch dadurch, ob im Falle wirksamer Eintragung der Eigentümerrangstelle in dem erwähnten Zeitpunkt das Einrücken der wertbeständigen Rechte im Grundbuch eingetragen ist.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 3. Dez. 1931, 1 X 794/31.)

Mitgeteilt von LGR. a. D. Dr. Tuckermann, Glogau.

*

2. §§ 1—3, 25, 37 Abs. 2 GBBereinG.; § 16 Abs. 1 AufwG.; §§ 13, 32 GBO. Wird der von einem Antragsberechtigten i. S. der § 13 GBO., § 25 GBBereinG. vor oder nach Inkrafttreten des GBBereinG. bis zum Ablauf des 31. März 1931 gestellte Antrag auf Eintragung der Aufwertung von dem Antragsteller — wenn auch erst nach Ablauf des 31. März 1931 — formgerecht zurückgenommen, so erlischt die rechtserhaltende Wirkung dieses Antrages auch zuungunsten der übrigen Antragsberechtigten.

Nach § 1 GBBereinG. kann der Antrag auf Eintragung der Aufwertung nur bis zum Ablauf des 31. März 1931 gestellt werden. Anträge, die vor Inkrafttreten des GBBereinG. gestellt sind, bleiben, wie aus § 37 Abs. 2 d. Ges. hervorgeht, wirksam. Der Antrag i. S. des § 1 GBBereinG. ist, wie im Schrifttum allgemein anerkannt wird, vom Senat auch bereits mehrfach ausgesprochen ist (1 X 383/31, 1 X 388/31: HöchstRRspr. 1931 Nr. 1454 und 1456; auch 1 X 170/31 und 200/31: HöchstRRspr. 1931 Nr. 1455 und 1468), auch in der Begr. des Entw. zu § 1 ausdrücklich hervorgehoben ist, ein Antrag i. S. des § 13 GBO. Ein vor Inkrafttreten des GBBereinG. gestellter Antrag auf Eintragung der Aufwertung behält gem. § 37 Abs. 2 seine verfahrensrechtliche Eigenschaft auch für den Anwendungsbereich des GBBereinG. Diese Bedeutung des Antrages äußert sich wie diejenige jedes sonstigen Eintragungsantrages i. S. des § 13 GBO. dahin, daß das GBA. über ihn durch Eintragung nach Maßgabe der §§ 17, 46 GBO. oder durch Erlaß einer Zwischenverfügung gem. § 18 GBO., oder endlich durch Ablehnung Entsch. treffen muß, daß dem Antrage aber

---

machen kann, das Recht hat, auf seine alte Rangstelle zurückzugreifen, falls ihm dies vorteilhafter ist. In diesem Sinne habe ich mich bereits in meiner Anm. 2 zu § 7 ausgesprochen.

Es ist nicht ganz gleichgültig, wie man den entscheidenden Gesichtspunkt formuliert. Tut man dies so, wie von mir vorgeschlagen, so ergeben sich hieraus praktisch wichtige Folgerungen. Das KG. legt Gewicht darauf, daß das Einrücken in die vorbehaltene Rangstelle kraft Ges. oder kraft einer Erklärung des Eigentümers vor der Eintragung des nachgehenden Rechts erfolgt ist. M. E. gebührt der Vorrang einem vor dem nachgehenden Rechte eingetragenen Rechte auch dann, wenn der Eigentümer, was zulässig ist, diesem Rechte den Rang der vorbehaltenen Rangstelle einräumt, ohne daß es darauf ankäme, ob diese Einräumung vor oder nach der Eintragung des nachgehenden Rechts erfolgt. Auch sonst kann es von praktischer Bedeutung sein, daß der Gläubiger des in die vorbehaltene Rangstelle eingerückten Rechtes das Recht hat, auf seine alte Rangstelle zurückzugreifen, z. B. wenn er für seine Eintragung in diese Rangstelle die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in Anspruch nehmen kann.

Wenn auf einem Grundstück zwei Vorkriegshypotheken eingetragen waren, für A. von 100 000 ℳ, aufgewertet auf 24 000 GM., für B. 40 000 ℳ, aufgewertet auf 10 000 GM., und nach Löschung des Rechtes von A. am 1. Nov. 1924 für C. eine Goldmarkhypothek von 25 000 GM. eingetragen worden ist, so kann C. auf Grund des Rangvorbehalts, in den er eingerückt ist, zwar für 24 000 GM. den Vorrang vor B. in Anspruch nehmen, muß dann aber sich A. mit 24 000 GM. vorgehen lassen; er kann sich aber auch darauf berufen, daß ihm kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur B. mit 10 000 GM. vorgehe, muß sich dann aber B. mit 10 000 GM. vorgehen lassen. In diesem Falle ist es für C. vorteilhafter, sich auf seine alte Rangstelle zu berufen. Wenn z. B. der Erlös 20 000 ℳ beträgt, erhält C. wegen seines guten Glaubens an das Erlöschen des Rechtes von A. von dem Erlös 10 000 ℳ, da ihm nur B. mit 10 000 GM. vorgeht; die ersten 10 000 ℳ erhält aber nicht B., sondern A., da A. dem B. mit 24 000 GM. vorgeht. Wollte sich C. auf den Rangvorbehalt berufen, so würde er an der vorbehaltenen Rangstelle nichts erhalten, da dem Rangvorbehalt das Recht des A. von 24 000 GM. vorgeht. Wäre dagegen die Forderung des B. nicht 10 000, sondern 40 000 GM., so würde es für C. vorteilhafter sein, sich auf das Einrücken in die vorbehaltene Rangstelle zu berufen. Wenn z. B. der Erlös 40.000 ℳ wäre, so kann C. auf Grund seines alten Ranges trotz seines guten Glaubens an das Erlöschen des Rechtes des A., nichts verlangen, da ihm in seiner alten Rangstelle B. mit 40 000 GM. vorgeht. Dagegen kann er wegen des Einrückens in die vorbehaltene Rangstelle 16 000 ℳ verlangen, da dem B. A. mit 24 000 GM. und der Rangvorbehalt ebenfalls mit 24 000 GM. vorgehen, der Erlös von 40 000 ℳ also wie folgt zu verteilen ist: A. 24 000, C. 16 000 ℳ. C. kann nicht die Wirkungen des guten Glaubens auf seinen Rang in der vorbehaltenen Rangstelle übertragen, also bei einem Erlöse von 40 000 ℳ 25 000 ℳ verlangen, da ihm die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur in seiner alten Rangstelle zugute kommen, und der Rangvorbehalt von 24 000 GM. das Bestehen eines Rechtes des A. von 24 000 GM. zur Voraussetzung hat (vgl. hierzu in meinem Buche „Das gesamte Aufwertungsrecht“ S. 528; siehe ferner wegen anderer Fälle, in denen es von praktischer Bedeutung werden kann, daß der Gläubiger eines in die vorbehaltene Rangstelle eingerückten Rechtes sich auf seinen alten Rang berufen kann, meine Ausführungen S. 532 und 556).

Staatssekr. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

diese verfahrensrechtlichen Auswirkungen durch Zurücknahme entzogen werden können mit der Folge, daß die gleiche Rechtslage hergestellt wird, als wenn der Eintragungsantrag gar nicht gestellt worden wäre. Die Möglichkeit einer Zurücknahme des Eintragungsantrages mit der vorbezeichneten Folge wird durch § 2 GBVereinG. nicht berührt. Die hier getroffene Bestimmung, daß die aufgewertete Hypothek erlischt, wenn der Antrag nicht rechtzeitig gestellt ist, verleiht allerdings einem rechtzeitig gestellten Antrage neben seiner verfahrensrechtlichen Eigenschaft insofern eine materiell-rechtliche Bedeutung, als der rechtzeitig gestellte Antrag das Erlöschen des aufgewerteten Papiermarkrechts zunächst verhindert, also eine Voraussetzung für das Bestehenbleiben der Hypothek über den 31. März 1931 hinaus bildet. In dieser Bedeutung ähnelt der in § 1 GBVereinG. bezeichnete Eintragungsantrag der in § 16 AufwG. geregelten Aufwertungsanmeldung, und zwar insofern, als auch diese, wenn sie rechtzeitig erfolgt ist, das Bestehenbleiben des Papiermarkrechts zum Aufwertungsbetrage sichert, während die Unterlassung der Anmeldung das Erlöschen des Rechts herbeiführt (vgl. Nadler, Grundbuch- und Aufwertungsfragen, III. Aufl., S. 91, Nachtrag S. 137 mit Entsch.; ferner RG. 120, 235 = JFG. 5, 2 = JW. 1930, 797). Richtig ist auch, daß die mit der rechtzeitigen Stellung eines Eintragungsantrages i. S. des § 1 GBVereinG. verbundene Wirkung zugunsten aller an der Eintragung der Aufwertung Beteiligten eintritt, daß also insbes. ein vom Eigentümer rechtzeitig gestellter Antrag auch dem Gläubiger zugute kommt. Dagegen unterscheidet sich der Antrag der §§ 1—3 GBVereinG. in seiner Beziehung zum aufgewerteten Recht von der Anmeldung des § 16 AufwG. insofern, als der erstere ein **grundbuchlicher Verfahrensakt** ist, zu seinem **unmittelbaren** Gegenstande die **Eintragung** der Aufwertung hat und deshalb die an ihn geknüpften Rechtsfolgen nur so lange äußern kann, wie er als solcher besteht, während die letztere eine eigenartige, vom AufwG. geschaffene Verfahrens- und Rechtshandlung ist, die unmittelbar die Erhaltung des Aufwertungsrechts bezweckt und bewirkt und dieser Wirkung durch die bloße Rücknahme, d. h. die Erklärung des Nichtmehr-Wollens ebensowenig entkleidet werden kann, wie sonstige materielle Rechtsakte, die mit ihrer Vornahme eine bestimmte — rechtsbegründende, rechtserhaltende oder rechtszerstörende — Rechtswirkung auslösen (vgl. RG. 120, 235 = JW. 1930, 797 = JFG. 5, 2; 1 X 434/27: JurRdsch. 1927 Nr. 16—76; 9 AW III 19/27: JurRdsch. 1927 Nr. 1217).

In der Begr. des Entw. wird zu § 1 auch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Eintragungsantrag des § 1 GBVereinG. nicht gleichbedeutend sei mit einer Anmeldung i. S. des § 16 AufwG. Durch die bloße Best. einer **Anmeldungsfrist** mit Ausschlußwirkung wäre der Zweck des GBVereinG. auch nicht erreicht worden, weil dadurch keine Gewähr dafür geschaffen wäre, daß nach erfolgter Anmeldung auch die grundbuchliche Eintragung von den Beteiligten alsbald betrieben würde (vgl. auch **Mügel**, Anm. 1 u. 4 zu § 1 GBVereinG. und **Krieger**, II, 1 zu § 1).

Daß dem Eintragungsantrage i. S. der §§ 1—3 GBVereinG. die rechtserhaltende Wirkung nur so lange innewohnt, als er nicht grundbuchlich beseitigt ist, geht insbes. auch aus der Best. von Ausschlußfristen für die Beschwerde und die weitere Beschwerde gegen zurückweisende Entsch. hervor (§ 3 Abs. 3 d. Ges.). Denn daraus ergibt sich, daß die Unterlassung fristgemäßer Beschwerde gegen die Zurückweisung eines rechtzeitig gestellten Antrages die gleiche Folge haben soll, als wenn der betreffende Antrag überhaupt nicht gestellt wäre, nämlich das Erlöschen der Hypothek.

Dieser Zweck der Beschwerdefristen geht auch aus der Begr. zu § 3 d. Entw. hervor, wo darauf hingewiesen wird, daß die Ausschlußfristen im Interesse einer beschleunigten Klarstellung eingeführt seien (vgl. auch 1 X 170/31 a. a. O., 1 X 693/31 und **Mügel**, Anm. 3 zu § 3). Die Best. der Ausschlußfristen wäre völlig zwecklos, wenn trotz rechtskräftiger Ablehnung des Eintragungsantrages und trotz Ablaufs der für die Stellung neuer Anträge im § 1 GBVereinG. bestimmten Frist der zurückgewiesene Antrag seine rechtserhaltende Wirkung zugunsten anderer Antragsberechtigter behalten und von diesen auch nach dem 31. März 1931 zu beliebiger Zeit weiter verfolgt werden könnte.

Ebenso wie eine rechtskräftige Zurückweisung des Eintragungsantrages ihn mit allen seinen Wirkungen beseitigt, ist dies der Fall, wenn der Eintragungsantrag wirksam zurückgenommen wird. Denn auch durch die Zurücknahme wird die gleiche Rechtslage hergestellt, als wenn der Antrag von vornherein gar nicht gestellt wäre (**Mügel**, Anm. 5 zu § 3; **Krieger**, Anm. 4 zu § 2 GBVereinG.).

Daß ein vor Inkrafttreten des GBVereinG. von einem Antragsberechtigten gestellter Eintragungsantrag dann keine Wirkung mehr äußern kann, wenn er schon **vor** Inkrafttreten des GBVereinG. wirksam zurückgenommen war, kann keinem Zweifel unterliegen. Das gleiche muß aber nach den obigen Ausführungen auch gelten, wenn der vor dem Inkrafttreten des Gesetzes gestellte Antrag von dem Antragsteller erst **nach** Inkrafttreten des Gesetzes zurückgenommen ist. Daß dies der Standpunkt des Gesetzgebers war, geht auch aus § 5 DurchfVO. v. 1. Mai 1931 (RGBl. I, 140) hervor. Denn dadurch, daß der Gesetzgeber hier die Zurücknahme von Eintragungsanträgen i. S. der §§ 1, 37 Abs. 2 d. Ges. überhaupt, wenn auch nur hinsichtlich ihrer Form zu regeln für nötig befunden hat, wird erkennbar, daß er die Beseitigung der Eintragungsanträge gerade in ihrer rechtserhaltenden Eigenschaft im Wege der Zurücknahme für möglich ansah.

Der hier eingenommene Standpunkt hat allerdings zur Folge, daß jeder der mehreren nach § 25 GBVereinG. zum Antrage Berechtigten darauf bedacht sein muß, seinerseits einen Eintragungsantrag vor Ablauf des 31. März 1931 zu stellen, wenn auch nur in der Weise, daß er vor diesem Zeitpunkt seinen Beitritt zu dem von einem anderen gestellten Antrag in irgendeiner Form zum Ausdruck bringt.

Ist hiernach von der vorerörterten Möglichkeit und Wirkung einer Antragsrücknahme auszugehen, dann hat der i. J. 1929 von der Eigentümerin gestellte Eintragungsantrag auf jeden Fall durch die nach Inkrafttreten des GBVereinG. erfolgte Zurücknahme seine rechtserhaltende Bedeutung schlechthin verloren.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 5. Nov. 1931, 1 X 719/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. **Karge**, Berlin.

*

3. Grundsätze über Eintragungsfähigkeit der sogenannten Pflasterkostenhypotheken. Es ist unmöglich, eine Hypothek „zur Sicherung von Straßenpflasterkosten" einzutragen. Verzicht einer Gemeinde auf öffentliche Abgaben.

Das LG. hat gleich der BeschwF. der rechtlichen Beurteilung des hier gestellten Eintragungsantrages neben dem Inhalt der Eintragungsbewilligung auch den Inhalt des auf Grund des Baudispensvertragsangebots v. 14. Mai 1930 offenbar zustande gekommenen Abkommens zwischen der BeschwF. und den Grundstückseigentümern zugrunde gelegt. Dieses Verfahren kann nicht gebilligt werden. In das Grundbuch kann nur eingetragen werden, was nach dem Inhalt der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO.) durch Einschreibung in das Grundbuch oder durch eine zulässige (§§ 874, 1115 BGB.) Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zum Inhalt des Grundbuchs gemacht werden soll. Die Entsch. darüber, ob die von den Grundstückseigentümern bestellte Hypothek eintragungsfähig ist, kann demnach auch nur auf Grund des Inhalts der Eintragungsbewilligung getroffen werden. Letztere erwähnt das zwischen der BeschwF. und den Eigentümern geschlossene Baudispensabkommen nicht, sondern besagt in Ansehung der durch die Hypothek zu sichernden persönlichen Forderung lediglich, daß die Hypothek „zur Sicherung für die Straßenpflasterungskosten" eingetragen werden soll. Die zunächst zu beantwortende Frage ist also die, ob eine Hypothek mit diesem Inhalt eintragungsfähig ist. Das muß verneint werden. Der Inhalt der Eintragungsbewilligung läßt die Bestellung der Hypothek zur teilweisen Sicherung eines Straßenanliegerbeitrages als möglich erscheinen, nämlich zur Sicherung desjenigen Teiles des Straßenanliegerbeitrages, welcher die Erstattung der ersten Herstellungskosten des Straßendammes zum Gegenstand hat (vgl. § 15 PrFluchtlG. v. 2. Juli 1875). Mit diesem Inhalt könnte die Hypothek nach der insoweit rechtsirrtumsfreien Annahme der Vorinstanzen nicht eingetragen werden. Denn die Straßenbaulast des § 15 PrFluchtlG. v. 2. Juli 1875 ist als eine mit dem Vorzugsrechte des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. ausgestattete und zu den gemeinen Lasten i. S. der Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 PrAGZwVerstG. gehörende öffentliche Last (RG. 17, 199; 32, 346; 56, 398; 86, 359[1]); OLG. 1, 203; 3, 98; KGJ. 34, A 271; RG.: GruchBeitr. 36, 977, 1183; OVG. 15, 157; 38, 145; **Jäckel-Güthe**, ZwVerstG. 6 Anm. c 2 zu Art. 1 PrAGZwVerstG.; **Güthe-Triebel**, GBO.[5] Anm. 4 zu Art. 11 PrAGGBO.; v. **Strauß und Torney-Saß**, Straßen- und BaufluchtenG.[6] § 15 Bem. 14a S. 302; **Sarau**, BaufluchtlG.[2] § 15 Bem. 47 S. 475) gemäß Art. 11 Abs. 1 PrAGGBO. von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen, und zwar selbst dann, wenn sie von dem Verpflichteten noch durch besondere Vereinbarung mit dem Berechtigten übernommen ist (OLG. 1, 203; 3, 98; KGJ. 34, 271; RG. 86, 357 [360][2]); RG.: GruchBeitr. 47, 83; **Güthe-Triebel**, Vorbem. z. 2. Abschn. Anm. 22; ders. Anm. 3, 9 zu Art. 11 PrAGGBO.; v. **Strauß und Torney-Saß** a. a. O.; **Sarau** a. a. O. § 15 Bem. 48 S. 484). Der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Entrichtung des Straßenanliegerbeitrages kann ferner, wie der Senat in OLG. 16, 163 und neuerdings in einem Gutachten v. 18. Dez. 1930 und 12. Febr. 1931, 1 Gen VII 1 30/8, für öffentliche Lasten des Grundstücks i. S. des Art. 11 Abs. 1 PrAGGBO. allgemein dargelegt hat, auch nicht auf Grund einer Bewilligung des Eigentümers durch eine sofort wirksame Hypothek gesichert werden, solange für den Erstattungsanspruch noch das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. besteht, jedenfalls dann nicht, wenn in der Bewilligung lediglich eine Anerkennung der öffentlichen Last zum Ausdruck kommt. Die den hier gestellten Ein-

---

1) JW. 1915, 596. 2) JW. 1915, 596.

tragungsantrag enthaltende Eintragungsbewilligung läßt nicht erkennen, daß die hypothekarisch zu sichernden Straßenpflasterungskosten seit mehr als zwei Jahren rückständig sind, so daß eine Eintragung nach Maßgabe des Inhalts dieser Bewilligung möglicherweise die unzulässige hypothekarische Sicherung eines mit dem Vorzugsrechte des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. ausgestatteten Straßenanliegerbeitrages bzw. eines Teiles desselben ergeben würde. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Zurückweisung des Antrages der BeschwF. im Ergebnis zu Recht besteht. Kann für die sich aus dem Baudispensvertrage ergebende Forderung der BeschwF. gegen die Eigentümerin auf Zahlung von 1020 RM eine Hypothek eingetragen werden, so bedarf es, um dem Antrage der BeschwF. zum Erfolge zu verhelfen, lediglich einer Ergänzung der Eintragungsbewilligung, welche klarstellt, daß es sich bei der hypothekarisch zu sichernden Forderung um die genannte Forderung der Landgemeinde Z. aus dem Baudispensvertrage handelt, und die über den Inhalt dieser Forderung in dem Baudispensvertrage getroffenen Vereinbarungen zwecks Eintragung derselben in das Grundbuch wiedergibt. Auf die Ergänzung der Eintragungsbewilligung in vorstehendem Sinne kann ferner durch Erlaß einer entsprechenden Zwischenverfügung i. S. des § 18 GBO. hingewirkt werden. Die danach gebotene Prüfung der Frage, ob für die zuvor gekennzeichnete Forderung der BeschwF. aus dem Baudispensvertrage eine Hypothek eintragbar ist, führt zur Bejahung dieser Frage.

In der Entsch. KGJ. 34, A 271, auf deren eingehende Begründung hier verwiesen werden kann, hat der Senat in einem dem vorliegenden im wesentlichen gleichgearteten Falle ausgesprochen, die Verpflichtungen, die ein Grundstückseigentümer durch Vertrag mit einer Stadtgemeinde als Gegenleistung dafür übernehme, daß die Stadtgemeinde ihm die Errichtung eines Wohngebäudes an einer noch nicht für den öffentlichen Verkehr fertig hergestellten Straße gestattet, seien keine gemeinen Lasten i. S. der Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 PrAGZwVerstG., und zwar selbst dann nicht, wenn die durch den Vertrag dem Eigentümer auferlegten Pflichten sich völlig mit denen deckten, welche nach § 15 PrFluchtlG. und nach den Bestimmungen des einschlägigen Ortsstatuts als gemeine Lasten auf seinem Grundstücke ruhten; zur Sicherung dieser Verpflichtungen könne ferner ein Pfandrecht an einer Eigentümergrundschuld zugunsten der Stadtgemeinde eingetragen werden. In dem Senatsbeschlusse, 1 X 97/30, ist für einen gleichgelagerten Fall die Eintragung einer Höchstbetragshypothek zur Sicherung der in einem Baudispensvertrage vom Eigentümer übernommenen Straßenherstellungskosten für zulässig erachtet worden. Auch in der sonstigen Rspr. und im Schrifttum ist anerkannt, daß die in einem Baudispensvertrage zwischen der die Ausnahmegenehmigung vom ortsstatutarischen Bauverbot erteilenden Gemeinde und dem sich dafür zu Gegenleistungen, insbes. solchen finanzieller Art verpflichtenden Eigentümer getroffenen Vereinbarungen einen rein privatrechtlichen Inhalt haben, mag auch ihr Anlaß im öffentlichen Recht wurzeln, und daß die aus diesem Vertrage zugunsten der berechtigten Gemeinde entspringenden Geldforderungen hypothekarischer Sicherung teilhaftig werden können (so z. B. RG. 56, 4 [6]; 73, 19; RG.: GruchBeitr. 56, 977; OVG. 15, 157; 23, 28; 54, 438a; KG. (9. ZivSen.): AufwRspr. 1929, 243; **Jaeckel-Güthe**, ZwVerstG. 6 Anm. c 2 zu Art. 1 PrAGZwVerstG.; **Güthe-Triebel**, Anm. zu Art. 11 PrAGGBO.; v. **Strauß und Torney-Saß** a. a. O. § 12 Bem. 8a, b S. 165 ff. [bes. S. 168]; **Sarau** a. a. O. § 12 Bem. 26a S. 246, Bem. 26e S. 250 m. weit. Nachw., Bem. 26e S. 256). Im vorliegenden Falle stehen aber ausweislich des zu den Grundakten überreichten Baudispensvertragsangebots der BeschwF. gleichfalls Verpflichtungen der Eigentümer in Frage, welche letztere als Gegenleistung dafür übernehmen sollen bzw., wie angenommen werden darf, übernommen haben, daß ihnen unter Befreiung von dem nach dem Ortsstatut v. 3. Febr. 1911 (§ 1) bestehenden kommunalen Bauverbot (§ 12 PrFluchtlG.) die Genehmigung zur Errichtung eines Wohngebäudes an der noch nicht gemäß den baupolizeilichen Bestimmungen des Ortes (PolVO. betr. Anlegung von Straßen in den Amtsbezirken des Kreises N. v. 17. April 1930) für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig hergestellten S.straße seitens der BeschwF. erteilt worden ist; es handelt sich mithin bei diesen Verpflichtungen um rein privatrechtliche Verpflichtungen der Eigentümer. Die grundsätzliche Verschiedenheit der in dem Baudispensvertrage von dem Eigentümer übernommenen Verpflichtungen von denjenigen, die sich für sie auf Grund des § 15 FluchtlG. i. Verb. m. §§ 4 ff. des Ortsstatuts ergeben würden, erhellt schon daraus, daß ersterе, soweit die Zahlung der Straßenpflasterungskosten von 1020 RM in Betracht kommt, diese Zahlung nicht von der Fertigstellung der an das Baugrundstück grenzenden Straße abhängig machen, sondern drei Monate nach Abschluß eines (nicht näher bezeichneten) Kaufvertrages beginnende Ratenzahlungen vorsehen. Die Straßenbaulast i. S. des § 15 FluchtlG. entsteht aber überhaupt erst unter der doppelten Voraussetzung, daß die Kosten zur Herstellung der Straße aufgewendet sind und festgestellt werden können und daß ein Gebäude auf dem betreffenden Grundstück an der Straße errichtet wird (RG. 86, 357 [360][3]); 56, 398; RG.: Gruch. 36, 1183; OVG. 23, 23; 33, 127, 130; 40, 100; 41, 107; v. **Strauß und Torney-Saß** a. a. O. § 15 Bem. 5b S. 21; 6 S. 224, 244; 14a S. 305 und 14c S. 312; **Sarau** a. a. O. § 12 Bem. 2a S. 183, 184; 43, 457; 44 S. 463 ff.), während die aus der Straßenbaulast entspringende Verpflichtung zu einer bestimmten Beitragsleistung sogar erst fällig ist, wenn die Leistung durch besondere Veranlagung i. S. der §§ 61 ff. PrKommAbgG. v. 14. Juli 1893 (GS. 152) dem Grundstückseigentümer gegenüber zur Hebung gestellt worden ist (RG. 56, 398; 86, 360; OVG. 33, 130; 41, 107; v. **Strauß und Torney-Saß** a. a. O. § 15 Bem. 14a S. 307; 14c S. 312; **Sarau** a. a. O. § 15 Bem. 44 S. 465). Die Forderung der BeschwF. auf Zahlung von 1020 RM unter den in dem Baudispensvertrage geregelten Bedingungen beruht also auf einer als Gegenleistung für die Gestattung des Baues freiwillig übernommenen selbständigen privatrechtlichen Verpflichtung der Eigentümer und soll und kann durch eine von den Eigentümern gleichfalls freiwillig bestellte Hypothek sichergestellt werden. Weder der § 15 FluchtlG. noch das Ortsstatut begründen einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf eine derartige Sicherung (OVG. 15, 157 ff.; 41, 107; KGJ. 34, A 271 [275, 276]; **Sarau** a. a. O. § 15 Bem. 51 S. 523).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 2. Juli 1931, 1 X 394/31.)

Mitgeteilt von JR. Ludwig **Steiner**, Berlin.

*

4. § 20 PrFischG. v. 11. Mai 1916. **Eine Fischereiberechtigung, die mittels eines Fischwehres ausgeübt wird, ist als ein beschränktes Fischereirecht i. S. des § 20 FischG. anzusehen; sie kann deshalb durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf einen anderen als den Eigentümer des Gewässers nicht übertragen werden.** †)

Nach § 20 PrFischG. v. 11. Mai 1916 muß unterschieden werden zwischen nicht eingeschränkten selbständigen Fischereigerechtigkeiten, die auf jeden beliebigen Dritten übertragen werden können, und eingeschränkten selbständigen Fischereigerechtigkeiten, die durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nur auf den Eigentümer des Gewässers übertragen werden können. Für die Art und Weise, in der ein Fischereirecht eingeschränkt sein kann, führt der § 20 vier Beispiele an, indem er besonders erwähnt:

a) Fischereirechte, die auf Hegen oder Aneignen nur einzelner der in § 4 aufgeführten Fische beschränkt sind;

b) Fischereirechte, die auf die Benutzung bestimmter Fangmittel (mit Ausnahme der Anweisung auf mehrere Arten von Netzen oder Reusen) beschränkt sind;

c) Fischereirechte auf Zeit;

d) Fischereirechte für den häuslichen Gebrauch.

Daß dies nur Beispiele sein sollen, geht daraus hervor, daß im Gesetzestext sodann weiterhin als durch den § 20 betroffen bezeichnet wird:

e) „jedes in anderer Hinsicht eingeschränkte Fischereirecht".

Ob das Grundbuchamt in Fällen, in denen das Recht im Grundbuch schlechthin als „Fischereiberechtigung" oder als „Recht zum Fischfang" oder in ähnlicher allgemeiner Fassung bezeichnet ist, auf Grund des § 891 BGB. von dem Bestehen eines unbeschränkten, durch § 20 PrFischG. nicht betroffenen Fischereirechts auszugehen hat und deshalb von den Beteiligten den Nachweis der Nichtbeschränkung bei der

---

[3]) JW. 1915, 596.

Zu 4. Das Urteil sagt: „Das FischG. v. 11. Mai 1916 versteht unter einem Fischwehr, wie aus § 35 Abs. 5 hervorgeht, eine am Ufer befestigte oder im Bett in das Gewässer **eingebaute ständige** Fischereieinrichtung, an der bestimmte Fanggeräte angebracht sind." Dann wird das Fischwehr als eine aus Stangen, Drähten und Netzen hergestellte Sperr- und Fangvorrichtung beschrieben. Ein solches Fischwehr ist aber **keine** ständige Fischereivorrichtung, weil zu ständigen Fischereivorrichtungen gehört, wie § 35 ausdrücklich sagt, daß die Vorrichtung „dauernd am Ufer oder im Bett **eingebaut ist**". In der Begründung des FischGEntw. heißt es: „Danach gehört zur Ständigkeit einer Fischereivorrichtung ein **fester**, aus Holz, Stein oder Metall **hergestellter Bau**, in dem der Fangapparat in dauernder Befestigung oder abnehmbar angebracht ist." Nach der sicherlich auf Grund örtl. Besichtigung gegebenen Beschreibung des Fischwehrs handelt es sich um eine Fangvorrichtung, die nur so lange im Wasser bleibt, als gefangen werden kann, die also z. B. im Winter herausgenommen wird, denn die Stangen lassen sich leicht herausziehen. Derartige Fischwehre sind keine ständige Vorrichtung (vgl. auch **Germershausen**: Über die Auslegung des Begriffes „Ständige Fischereivorrichtungen usw." in den „Mitteilungen" der Fischereivereine für die Provinz Brandenburg, Ostpreußen, Pommern, Grenzmark Posen-Westpreußen und Oberschlesien" XVII, 1825, Nr. 8, S. 177—182).

Fischwehre dienen im allgemeinen nur zum Fang von abwandernden Aalen und aufsteigenden Lachsen, d. h. zum aneignen „einzelner" Fischarten. Das Urteil stützt sich also in doppelter Hinsicht auf § 20 FischG.

Geh. RegR. Prof. Dr. **Eckstein**, Eberswalde.

Entsch. über Anträge auf Umschreibung der Berechtigung auf den Namen eines anderen auf Grund einer Veräußerung unter Lebenden nicht fordern darf, kann hier unerörtert bleiben, weil die Vorinstanzen ohne Rechtsirrtum angenommen haben, daß die im Grundbuch für die Art der Fischereiberechtigung gewählte Bezeichnung „Fischwehr“ auf ein i. S. des § 20 a. a. O. beschränktes Fischereirecht hinweist, und zwar auf ein solches, das nur mittels eines bestimmten Fangmittels ausgeübt werden darf (oben zu b). Grundbucheintragungen unterliegen anerkanntermaßen der Auslegung. Bei dieser ist die Vorschrift des § 133 BGB. sinngemäß anzuwenden. Bei der Feststellung der Bedeutung des zur Bezeichnung eines Rechtsbegriffs in der Eintragung gewählten Ausdrucks muß in erster Linie entscheidend sein, ob das einschlägige Gesetz mit einer Bezeichnung, wie sie das Grundbuch kundtut, einen bestimmten Sinn verbindet. In Ermangelung solcher Anhaltspunkte in dem maßgebenden Gesetze ist der allgemeine Sprachgebrauch heranzuziehen. Das PrFischG. vom 11. Mai 1916 versteht unter einem „Fischwehr“, wie aus § 35 Abs. 5 hervorgeht, eine am Ufer befestigte oder im Bett ins Gewässer eingebaute ständige Fischereieinrichtung, an der bestimmte Fanggeräte angebracht sind. Die Fischwehranlage setzt sich also zusammen aus dem eigentlichen Fischwehr, das ist eine aus Stangen oder Drähten hergestellte Sperrvorrichtung, und den hieran befestigten Fangwerkzeugen, nämlich aus Rohr- oder Rutengeflecht bestehenden Fangkörben, in welche die Fische mittels der Strömung durch die Sperrvorrichtung hineingetrieben werden. Bei der Ausübung der Fischerei mittels eines Fischwehrs wird der Fischfang also ausgeführt durch die Wehranlage in ihrer Zusammensetzung aus der Sperrvorrichtung und den daran befestigten Fangwerkzeugen. Diese zusammengesetzte Fanganlage ist als ein einheitliches „bestimmtes Fangmittel“ anzusehen (vgl. Begr. Drucks. des Herrenhauses 1916—1918 Nr. 12 zu § 35). In diesem Sinne wurden die Fischwehre schon im PrFischG. v. 30. Mai 1874 aufgefaßt. § 5 Abs. 2 dieses Gesetzes nennt die Fischwehre unter den zum Fischfang bestimmten ständigen Fischereivorrichtungen. § 20 Abs. 3 daselbst nennt die ständigen Fischereivorrichtungen „besondere Fangmittel“.

In dieser Bedeutung ist der Begriff des Wehrs auch in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangen.

Zu Unrecht glaubt der BeschwF. aus dem Umstande, daß § 20 des geltenden FischG. anders als § 5 Abs. 2 des Ges. v. 30. Mai 1874 die ständigen Fischereivorrichtungen nicht besonders erwähnt, herleiten zu können, daß die letzteren, insbes. die Fischwehranlagen nicht unter § 20 des neuen Gesetzes fallen. § 5 des Ges. v. 30. Mai 1874 bestimmte, daß gegen vollständige Entschädigung in nicht geschlossenen Gewässern eine besondere Beschränkung oder gänzliche Aufhebung solcher Berechtigungen sollte erfolgen dürfen, welche auf die Benutzung einzelner bestimmter Fangmittel oder ständiger Fischereivorrichtungen (Wehre, Zäune usw.) gerichtet sind. Diese Bestimmung zeigt gerade, daß Fischereiberechtigungen, die nur ein Recht zu einer bestimmten Art des Fischfangs (mittels bestimmter ständiger Fischereivorrichtungen oder bestimmter beweglicher Fischereiwerkzeuge) geben, sachlich schon damals eine gleiche Ausnahmestellung gegenüber den allgemeinen Fischereiberechtigungen insofern einnahmen, als sie besonderen Beschränkungen unterworfen werden konnten. Wenn in dem FischG. v. 30. Mai 1874 hierbei die auf Benutzung ständiger Fischereivorrichtungen gerichteten Fischereiberechtigungen neben den auf die Benutzung einzelner bestimmter Fangmittel gerichteten Fischereiberechtigungen besonders aufgeführt wurden, so bedeutet das lediglich eine redaktionelle Abweichung gegenüber der späteren Fassung des § 20 des geltenden FischG. Bei diesem wird der Gesetzgeber die erstere Art von Fischereiberechtigungen nur deshalb im Text des Gesetzes nicht besonders genannt haben, weil er auch die ständigen Fischereivorrichtungen als ohne weiteres unter den Begriff „bestimmte Fangmittel“ fallend, angesehen hat. Dafür spricht auch, worauf bereits oben hingewiesen wurde, daß das Ges. v. 30. Mai 1874 in § 20 Abs. 3 die ständigen Fischereivorrichtungen als „besondere Fangmittel“ bezeichnet und damit in den weiteren Begriff „Fangmittel“ einreiht.

Die vorstehende Auffassung wird auch durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 20 und der gerade die ständigen Fischereivorrichtungen betreffenden, sie beschränkenden Bestimmung des § 35 des geltenden und des § 5 des früheren Gesetzes gestützt. Durch § 20 des neuen FischG. sollten die „kulturschädlichen Nebenberechtigungen getroffen werden, weil gerade die Berechtigung mit einzelnen Geräten zu fischen, schädlich wirke“. „Die auf Benutzung einzelner Geräte beschränkten Personen hätten kein Interesse an einer vernünftigen Behandlung der Fischerei“ (KommBer. des Abgeordnetenhauses 1914/15 Drucks. Nr. 725 A). Zu § 35 des geltenden Gesetzes wurde geltend gemacht, daß namentlich in fließenden Gewässern einerseits die oberhalb und unterhalb Fischereiberechtigten vor Schaden bewahrt, andererseits verhindert werden sollte, daß der Fischbestand in einem Gewässer durch Maßnahmen geschädigt wird, welche die Bewegungsfreiheit der Fische stören und die Aufhaltung oder Hemmung des freien Fischzuges, der zur Ernährung der Fische und zur Verrichtung des Laichgeschäftes notwendig sei, verursachen (Begr. des Entw. Drucks. des Herrenhauses 1916/1918 Nr. 12).

Der gleiche Zweck wird für die Vorschrift des § 5 des Ges. von 1874 in den Motiven hierzu angegeben. Dort wird gleichzeitig darauf hingewiesen, daß die „ständigen Fanganlagen die wichtigsten und für die Bewirtschaftung der Gewässer nachteiligsten Fangmittel seien“ (vgl. Textausgabe Verlag Parey 1887 Anm. 1a zu § 5).

Auf dem Standpunkt, daß die Fischwehre unter die Beschränkung des § 20 des geltenden FischG. fallen, steht auch die Ausführungsanweisung hierzu v. 16. März 1918 (abgedruckt bei Born, FischG. S. 312), in der als Beispiele für beschränkte Fischereirechte i. S. des § 20 unter anderem auch „Wehre“ genannt werden. Ob dem BeschwF. darin beizutreten ist, daß diese Ausführungsanweisung selbständige Gesetzeskraft nicht habe, mag dahinstehen, sie ist aber jedenfalls, wie Born a. a. O. in der Anm. zu § 136 zutreffend bemerkt, „als eine sehr wichtige, den Gedankengang und das Ziel des Gesetzes darlegende Behandlung und Auslegung seiner einzelnen Bestimmungen anzusehen“ und kann deshalb als Erkenntnisquelle für die richtige Auslegung der im Fischereiwesen eingebürgerten Ausdrücke und vorkommenden Berechtigungen mit verwertet werden.

Was die von dem BeschwF. wiedergegebene Bestimmung des früheren märkischen Provinzialrechts betrifft, so weist schon das LG. zutreffend darauf hin, daß diese Bestimmung ja nur besagt, daß „wenn jemand die Fischerei oder die Fischereigerechtigkeit überhaupt und ohne nähere Beschränkung habe, angenommen werde, daß ihm auch die sogenannte große Fischerei zustehe“. Daß aber insbes. auch die hier in Rede stehende Berechtigung zum Fischfang mittels eines Fischwehrs sich als eine Fischereigerechtigkeit ohne nähere Einschränkung darstelle, wird in der von der BeschwF. wiedergegebenen Bestimmung keineswegs gesagt.

Im übrigen kommt es nicht darauf an, wie die Ausübung der Fischerei mittels einer Fischwehranlage im märkischen Fischereirecht des 16. und 17. Jahrhunderts aufgefaßt wurde, sondern darauf, welche Auffassung in dem geltenden FischG. zum Ausdruck gelangt ist.

Auch den Ausführungen des BeschwF., daß der § 20 PrFischG. v. 11. Mai 1916 wegen Verstoßes gegen verfassungsrechtl. Vorschriften als ungültig behandelt werden müsse, kann nicht beigetreten werden. Gegenüber der Berufung auf Art. 152 RVerf. v. 11. Aug. 1919 „im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze“, bemerkt schon das LG. zutreffend, daß unter den Begriff „Gesetze“ auch „Landesgesetze“, also auch das PrFischG. v. 11. Mai 1916, fallen.

Zu dem Hinweise des BeschwF. auf den von der Enteignung handelnden Art. 153 der geltenden RVerf. hat das LG. mit eingehender Begründung zutreffend ausgeführt, daß, wenn man in der durch das geltende FischG. eingeführten Unmöglichkeit, beschränkte Fischereirechte unter Lebenden auf andere Personen als den Eigentümer des Gewässers zu übertragen, eine Enteignung sehen will, diese im vorl. Falle schon mit dem Inkrafttreten des Ges. v. 11. Mai 1916 vollzogen ist, und daß deshalb auf diese Enteignung die Vorschriften der geltenden RVerf. nicht Anwendung finden können (RG.: Warn. 1924 Nr. 182; RG. 128, 30 = JW. 1930, 1960).

Soweit in der Vorschrift des § 20 des geltenden FischG. aber etwa ein Verstoß gegen Art. 9 PrVerfUrk. v. 31. Jan. 1850 liegen sollte, steht den Gerichten nach der Vorschrift des Art. 106 Abs. 2 PrVerfUrk. v. 31. Jan. 1850 eine Nachprüfung der Rechtsgültigkeit des § 20 PrFischG. v. 11. Mai 1916 nicht zu.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 15. Okt. 1931, 1 X 440/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Karge, Berlin.

*

5. §§ 54 Abs. 1 Satz 1 GBO.; 76 Abs. 3 KO. **Nicht jede objektive Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift begründet eine Gesetzesverletzung i. S. § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. Insbesondere liegt Gesetzesverletzung nicht vor bei Anwendung von Gesetzen durch das Grundbuchamt auf unrichtig oder unvollständig vorliegende Tatbestände, wenn die Fehler dem Grundbuchamt ohne sein Verschulden unbekannt geblieben sind.** †)

Für die Frage, ob eine Eintragung unter Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschr. i. S. des § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. bewirkt worden ist, ist nur die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Eintragung maßgebend (KGJ. 38, A 206; RG. 108, 176[1]), 179). Der BeschwF. ist der Auffassung, daß die Gesetzesverletzung darin zu erblicken sei, daß das GBA. die Zwangshypothek entgegen dem § 14 KO. eingetragen habe, wonach während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners stattfinden.

Zu 5. Es befremdet, daß bei einem am 17. Dez. 1929 eröffneten Konkurse am 20. Nov. 1930, also fast ein Jahr später, ein Vermerk über die Eröffnung des Konkurses auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners nicht eingetragen worden war. Nach § 113 KO. hat das KonkursGer., soweit ihm Grundstücke oder Rechte bekannt sind, das GBA. von Amts wegen um die Eintragung zu ersuchen. Die Eintragung kann auch vom Konkursverwalter beantragt werden. Aus dem Tatbestand geht nicht hervor, aus welchem Grunde

[1]) JW. 1924, 1142.

Diese Ansicht ist jedoch von dem LG. mit Recht abgelehnt worden. Wie in der Rspr. des Sen. (KGJ. 40, 177; 53, 177) anerkannt ist, erfordert die Annahme einer Gesetzesverletzung i. S. von §54 Abs. 1 Satz 1 GBO. zwar nicht das Vorliegen eines Verschuldens des GBA., auf der anderen Seite reicht aber auch nicht jede objektive Verletzung einer gesetzlichen Vorschr. aus. Hat vielmehr das GBA. das Gesetz auf den ihm vorliegenden Tatbestand richtig angewendet, ist jedoch der Tatbestand unrichtig oder unvollständig, ohne daß dies dem GBA. zur Zeit der Vornahme der Eintragung bekannt oder infolge Fahrlässigkeit unbekannt gewesen ist, so findet §54 GBO. keine Anwendung. Auf demselben Standpunkt steht auch RG.: JFG. 3, 1 bes. 4, wonach die Anwendung des §54 GBO. ausgeschlossen ist, wenn das GBA. nach seinen Unterlagen richtig verfahren ist. Im vorl. Falle war nun im Zeitpunkte der Eintragung der Zwangshypothek (20. Nov. 1930) die Eröffnung des Konkursverfahrens, die bereits am 17. Dez. 1929 erfolgt war, im Grundbuche nicht vermerkt. Die Eintragung des Konkursvermerks geschah noch am 6. Febr. 1931. Nach dem Grundbuche hatte es also das GBA. bei der Eintragung der Hypothek mit einem Grundstücke zu tun, das nicht zu einer Konkursmasse gehörte. Daß dem GBA. die Eröffnung des Konkursverfahrens anderweit bekannt gewesen sei, dafür fehlt es an einem Anhalte. Die Kenntnis von der Konkurseröffnung wird dem GBA. nach dem Gesetz grundsätzlich durch die gem. §113 KO. zu veranlassende Eintragung der Eröffnung des Konkursverfahrens vermittelt. Die Ansicht des BeschwF., daß der Grundbuchrichter die wenigen Konkurse seines Gerichtsortes kennen müsse, ist nicht zu billigen. Nach §76 Abs. 3 KO. gilt allerdings die gem. §111 KO. zu bewirkende öffentliche Bek. der Eröffnung des Konkursverfahrens als Zustellung an alle Beteiligte, auch wenn die KO. neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt. Die öffentliche Bek. hat also nach dieser besonderen gesetzlichen Vorschr. die Rechtswirkung, daß der Beschluß über die Eröffnung des Konkursverfahrens allen Beteiligten als zugestellt gilt. Auf das GBA., das nicht zu den Beteiligten i. S. des §76 KO. gehört, bezieht sich die genannte Bestimmung jedoch nicht. Mangels einer sonstigen Gesetzesvorschrift kann daher auf Grund der öffentlichen Bek. des Eröffnungsbeschlusses die Kenntnis des GBA. von der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht angenommen werden.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 19. Nov. 1931, 1 X 705, 439/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Dobberkau, Celle.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

Strafsachen.

Berichtet von JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

1. §§ 350, 292 ff. StGB. Ein Jagdangestellter, der weisungswidrig Wild nicht für den jagdberechtigten Staat erlegen will, macht sich durch das Erschießen des Wildes keiner Amtsunterschlagung, sondern einer unberechtigten Jagdausübung schuldig. †)

Nach dem Rechte des BGB. ist ein bei der Jagdausübung verwendeter Angestellter des Jagdberechtigten, also auch ein staatlicher Forstwart, der ja gegenüber dem Staat als dem Jagdberechtigten zur Befolgung der auf die Jagdausübung bezüglichen Weisungen verpflichtet ist, als Besitzdiener i. S. des §855 BGB. anzusehen und hat als solcher die Möglichkeit, unmittelbar für den Jagdberechtigten Besitz und Eigentum an dem erlegten Wild zu erwerben (Staudinger, 9. Aufl., §854 IV 1; Planck, 4. Aufl., §854, 5, §855, 4; Behr, BayJagdG., 2. Aufl., Art. 1 B I 1). Voraussetzung eines solchen unmittelbaren Eigentumserwerbes für den Jagdberechtigten ist jedoch, daß der Jagdangestellte bei der Erlegung des Wildes als Besitzdiener handeln, den Weisungen des Jagdberechtigten Folge leisten, im Kreise der ihm obliegenden Pflichten verbleiben will. Wenn der Jagdangestellte von vornherein das Wild weisungswidrig nicht für den Jagdberechtigten erlegen will, dann ist für die Annahme, der Jagdberechtigte habe Eigentum erlangt, keine rechtliche Möglichkeit gegeben, vielmehr liegt dann ein Fall der unberechtigten Jagdausübung vor und Eigentum wird an dem erlegten Wild überhaupt nicht, für niemand, erworben (RGRKomm. §958 Abs. 4).

---

erst am 6. Febr. 1931 der Konkursvermerk eingetragen worden ist. Die Entsch. enthält keine neuen Rechtsgrundsätze. Zur Zeit der Eintragung der Sicherungshypothek war im Grundbuche der Konkursvermerk nicht eingetragen. Das GBA. mußte, sofern es die Konkurseröffnung nicht kannte, die Sicherungshypothek eintragen. Anerkannten Rechtes ist, daß für die Frage, ob eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschr. bewirkt worden ist, der Zeitpunkt der Eintragung allein maßgebend ist, eine durch spätere Ereignisse eingetretene Verletzung genügt nicht. Nicht streitig ist ferner, daß nur eine objektive Gesetzesverletzung in §54 Abs. 1 Satz 1 vorausgesetzt wird, nicht Verschulden des GBA. In der Entsch. wird unter Bezugnahme auf RG.: JFG. 3, 1 ff. ausgeführt, daß auch eine objektive Gesetzesverletzung nicht ausreiche; §54 finde keine Anwendung, wenn das GBA. das Gesetz auf den ihm vorl. Tatbestand richtig angewendet hat, der Tatbestand jedoch unrichtig oder unvollständig ist, ohne daß dies dem GBA. zur Zeit der Vornahme der Eintragung bekannt oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sei. Hat das GBA. eine Eintragung auf Grund eines unrichtig oder unvollständigen Tatbestands vorgenommen und die Unrichtigkeit war ihm bekannt oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so ist die etwa eingetretene Unrichtigkeit des Grundbuchs durch das GBA. verursacht; denn das GBA. durfte die Eintragung nicht vornehmen, mußte vielmehr den Antrag ablehnen und §54 findet Anwendung. Nicht der Fall ist dies, wenn der Antrag an sich begründet ist, die Beteiligten aber die Rechtswirkungen nicht richtig übersehen. Ist dem GBA. die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Tatbestands nicht bekannt und auch nicht aus Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, verfährt es deshalb nach seinen Unterlagen richtig, so liegen die Voraussetzungen des §54 trotz objektiver Unrichtigkeit nicht vor, weil keine Verletzung gesetzlicher Vorschr. durch das GBA. verursacht ist. In RG.: JFG. 3, 1 ff. war dies zweifelhaft. Es war die Eintragung einer Hypothek für einen Kriegerverein beantragt und die Hypothek eingetragen. Der Verein hatte keine Rechtspersönlichkeit. Entsprechend der herrschenden Rechtsansicht war die Eintragung nicht als unzulässig i. S. des §54 Abs. 1 Satz 2 anzusehen, weil diese Best. nur vorausgesetzt, daß die Unzulässigkeit sich lediglich aus dem Inhalt des Grundbuchs ergibt und nicht erst aus Beweisen, die außerhalb des Grundbuchs liegen. Das RG. hat aber auch das Vorliegen der Voraussetzungen des §54 Abs. 1 Satz 1 verneint, weil für das BGA. ein Anhaltspunkt, die Rechtspersönlichkeit des Kriegervereins zu bezweifeln, weder allgemein noch nach den ihm gegebenen Unterlagen des Eintragungsbegehrens, insbes. nach den Feststellungen des BeschwGer. nicht bestanden habe. Rechtliche Bedenken seien nicht etwa daraus zu entnehmen, daß in dem Eintragungsverlangen der Kriegerverein ohne den in §65 BGB. vorgesehenen Zusatz „Eingetragener Verein" als Gläubigerin benannt sei. An der Richtigkeit dieser Begründung wird gezweifelt werden können. Da es zu den Pflichten des GBA. gehört im Interesse der Sicherheit des Grundbuchverkehrs unrichtige Eintragungen zu verhindern, so hätte es zu den Aufgaben des GBA. gehört, dem Antragsteller den Nachweis aufzugeben, ob dem Kriegerverein Rechtspersönlichkeit zusteht, und falls der Nachweis nicht erbracht wurde, den Antrag zurückzuweisen.

JR. Dr. Arnheim, Berlin.

Zu 1. Aus der hier nicht mitgeteilten Begründung des Urteils ist zu entnehmen, daß der Angekl. des fortgesetzten Vergehens wegen Betrug und Bestechung (§§ 263 und 74 StGB.) überführt und deshalb rechtskräftig verurteilt worden ist. Bedenken an dem Willen des Jagdangestellten zu zweifeln, daß er schon von vornherein das in der Schonzeit erlegte Reh für sich behalten und sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen wollte, sind daher ausgeschlossen. Er hat während der gesetzlichen Schonzeit ein Reh erlegt. Während der Schonzeit kann unter mancherlei Umständen ein Stück Wild widerrechtlich erlegt werden, z. B. wenn ein Bock und eine Ricke, von denen letztere Schonzeit hat ersterer aber nicht (in Preußen Schonzeit für männliches Rehwild v. 1. Jan. bis zum 1. Mai, für weibliches Rehwild und Rehkälber v. 1. Jan. bis zum 31. Okt.) und der Schütze auf den Bock zielend die Ricke trifft, weil sie in voller Flucht an ihm vorüberzogen, oder wenn er einen Bock, der statt der Knopfspieße schon ein Gabelgehörn aufgesetzt hatte (Eckstein, Beiträge zur Kenntnis des Rehgehörns: DJägerZ. 56, 552 ff.) hinsichtlich des Alters überschätzte, oder dadurch, daß er einem stark lahmenden oder sonst kranken Reh den Gnadenschuß gibt. Solche Fälle sind von dem jagdlichen Standpunkt aus zu verstehen. Ob und wie in einem solchen Falle etwa wegen Fahrlässigkeit Verurteilung oder Freispruch erfolgt, soll hier nicht erörtert werden. Jedenfalls sind diese Möglichkeiten gegeben.

Im vorl. Fall aber trifft keine dieser Möglichkeiten zu. Der Angekl. hat ein gesundes Stück Rehwild während der Schonzeit schießen wollen und tatsächlich geschossen. An dem Willen, des eigenen persönlichen Vorteils wegen das Reh zu erlegen, ist nicht zu zweifeln, denn als Förster und Jagdangestellter war er seit seiner Ausbildung über Schuß- und Schonzeiten des Wildes belehrt und hat die Vorschr. wahrscheinlich auch befolgt, bis er auf die schiefe Bahn kam.

Daß der Jagdherr, ein weidgerechter Jäger, ihm den Auftrag gegeben hätte, ist ausgeschlossen und auch nirgends behauptet worden. Daß der Jagdherr Eigentümer des widerrechtlich erlegten Stückes nicht werden kann, hat das Urt. begründet. Der Angekl. hat sich nicht Fahrlässigkeit im Dienst zuschulden kommen lassen, sondern im vollen Bewußtsein und absichtlich gegen das JagdG. gehandelt, wobei als erschwerend seine Ausbildung und dienstliche Stellung in Betracht kommt.

Geh. RegR. Prof. Dr. Eckstein, Eberswalde.

strafrechtlich ist dann die Handlungsweise des Jagdangestellten als Jagdvergehen (§§ 292 ff. StGB.) zu beurteilen; Unterschlagung, also auch Amtsunterschlagung, kann in diesem Falle nicht vorliegen (RGSt. 9, 431; 39, 179, 180; RMilG. 10, 127; LpzKomm., 4. Aufl., § 292 Anm. VII; Olshausen, 11. Aufl., § 292 Anm. 9; Frank, 18. Aufl., § 292 Anm. III).

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 2. Nov. 1931, RevReg. II Nr. 667/31.)

*

2. § 366 Ziff. 9 StGB. Eine Verkehrsverhinderung ist nicht objektiv rechtswidrig, wenn dieselbe nicht vermieden werden konnte und nach der Verkehrssitte von der Allgemeinheit geduldet werden mußte.

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 21. Juli 1931, RevReg. I Nr. 486/31.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

I. Materielles Recht.

Bamberg.

1. §§ 298, 342, 349 I 21 ALR.; §§ 99, 157, 315, 554, 567, 581 BGB.; Art. 170, 171 EGBGB.; §§ 262, 271, 280 ZPO. Kauf oder Pacht. Übergangsfragen. Mindestjahrespacht, wenn Pachtzins nach Ertrag bestimmt. Kündigungsrecht.

Laut Pachtvertrag v. 19. Dez. 1892 verpachtete A. ein Grundstück an Baumeister B. zum Ausbrechen von Bruchsteinen. Als Pachtbetrag wurde vereinbart: „pro Fuhre à 1½ cbm gerechnet im ersten Jahre 20 Pf., im zweiten Jahre 30 Pf. und in folgenden Jahren 40 Pf. Bezahlung erfolgt jährlich und hat nach Abschluß mit den Steinbrechern zu geschehen".

Der Vertrag sollte Gültigkeit haben, solange Steine zu brechen vorhanden seien.

Am 21. Mai 1919 übertrug B. alle Rechte aus diesem Vertrag an den Bauunternehmer C. und dieser trat in die Verpflichtungen des Vertrages ein.

P., die Rechtsnachfolgerin des A., erklärte hierzu ihr Einverständnis. C. brach 1921—1925: 758, 455, 255, 382, 377 Fuhren, 1926 bis 1928 nichts.

P. verlangte Verurteilung des Bekl. zu einem Schadensersatz von jährlich 160 RM seit 1926.

Gleichzeitig kündigte er in der Klage den Pachtvertrag auf Grund der §§ 581, 554 BGB. evtl. §§ 298, 342 I 21 PrALR.

LG. gab am 6. März 1930 der Klage statt. OLG. wies ab.

Zutreffend wendet der Erstrichter auf den Vertr. v. 21. Mai 1919 die Best. des BGB., nicht die des PrALR. an. Denn es war ein neuer Vertr., der — wenn auch auf Grundlage des alten — zwischen neuen Parteien geschlossen wurde, und es fehlt jeder Anhaltspunkt und jeder vernünftige Grund dafür, daß die Parteien i. J. 1919 noch auf die längst überholten Vorschriften des PrALR. hätten zurückgreifen und hiernach ihre Beziehungen regeln wollen (vgl. Art. 170 ff. EGBGB.; Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., S. 219 ff., 222, 225, 277, 281).

Nur der Vollständigkeit halber sei bemerkt, daß bei Anwendung des PrALR. die Kündigung in der Klage nicht als „gehörig geschehene Aufkündigung" i. S. des § 349 I 21 ALR. gelten könnte. Diese läge nur vor, wenn dem Kündigenden ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Recht zur Seite stand (vgl. Koch, 6. Ausg. Anm. 27 a. a. O.; Plenarbeschl. des ObTrib. v. 6. Mai 1848: Entsch. 16, 48). Dies wäre hier aber nicht der Fall, denn zum „Rückstand zweier Termine" i. S. des § 298 gehört ein in bestimmten Zeiträumen, z. B. jährlich oder vierteljährlich zu entrichtender Pachtzins von bestimmter Höhe. Hieran fehlte es von vornherein nach § 2 des „Pachtvertrags" v. 19. Dez. 1892, wonach der Pachtvertrag sich jeweils nach der Zahl der gebrochenen Fuhren bestimmen und die Bezahlung jährlich nach Abschluß mit den Steinbrechern erfolgen sollte, ganz abgesehen davon, daß zur Zeit der Schaffung des ALR. ein derartiger Vertrag noch durchweg als Kauf angesehen wurde (vgl. Koch, Anm. 64 zu § 260 ebenda und über die spätere Auffassung als Pacht RG. 27, 279; RG.: JW. 1899, 62 [93]; 1903, 131 [24]).

§ 349 wäre auch für eine Kündigung mittels Klage durch § 262 ZPO. abgeschafft. Eine Erklärung binnen acht Tagen konnte der Verpächter, wenn er sogleich Klage erhob und erst in dieser kündigte, überhaupt nicht mehr erwarten.

Nach § 581 BGB. ist der Vertrag v. 19. Dez. 1892/21. Mai 1919 sicher als Pachtvertrag, wie ihn auch die Parteien selbst bezeichneten, anzusehen. Denn hiernach hat der Verpächter dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren. „Früchte" sind aber gem. § 99 die Erzeugnisse einer Sache und die sonstige Ausbeute, die aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. Daß hierzu auch die anorganischen Bodenbestandteile, wie Kohle, Torf, Marmor, Lehm, Steine, gehören, ist unbestritten.

Die Einschränkung des § 581 „nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" tritt hier insofern in den Hintergrund, als er zunächst Sache des Pächters war, wieviel Steine er jeweils brechen wollte. Der Verpächter hatte hieran nur insofern ein Interesse, als seine Einnahme — der „Pachtzins" — jeweils um so größer wurde, je mehr Steine der Pächter brach.

Hieraus ergibt sich aber auch ohne weiteres, daß, wenn der Verpächter sich für jedes einzelne Jahr eine Mindesteinnahme hätte sichern wollen, er eine ausdrückliche Bestimmung hierüber in den Vertrag hätte aufnehmen müssen.

In RG.: JW. 1899, 62 hatte der Kl. auf seinen Grundstücken dem M. die Ausbeutung von Schwerspat auf 15 Jahre gestattet. Die Gegenleistung war in der Art bestimmt, daß M. für je 200 Zentner Spat 45 ℳ zu zahlen hatte. Der Kl. hatte sich aber zugleich eine jährliche Mindesteinnahme von 5625 ℳ dadurch gesichert, daß M. diesen Betrag zahlen mußte, auch wenn das entsprechende Quantum Spat nicht gewonnen war.

Der Sachverständige bejahte die an ihn gestellte Frage, ob die maßgebende Verkehrsauffassung dahin ging und geht, daß derjenige, der ein Grundstück zur Ausbeutung von Steinen verpachtet, damit rechnen muß, daß bei ungünstiger Geschäftslage eine Unterbrechung des Betriebes eintreten kann und, wenn er dies vermeiden will, im Vertrage eine jährliche Mindestausbeute oder eine feste jährliche Pauschalsumme für das Recht der Ausbeute vereinbart werden muß.

Ein Kündigungsrecht nach § 554 mit 581 BGB. hatte der Kl. schon deshalb nicht, weil er sich im Vertrag keinen festen jährlichen Pachtzins ausbedungen hatte.

Die Bekl. kann mit seiner Entrichtung nicht in Verzug gewesen sein, weil er ihr der Höhe nach vor dem Urt. v. 6. März 1930 gar nicht bekannt war.

Dem Pächter könnte auch nach dem Vertrage, so, wie er vorliegt, keinesfalls zugemutet werden, jährlich einen gewissen Barbetrag zahlen zu müssen, ohne ihn auf die später zu brechenden Steine verrechnen zu dürfen.

Es hat aber nach der Fassung des Vertrages in erster Linie der Pächter darüber zu entscheiden, wieviel Steine er jeweils brechen will. Hierfür ist seine Geschäftslage maßgebend.

Eine andere Beurteilung könnte nur Platz greifen, wenn die Bekl. arglistig längere Zeit oder wider Treu und Glauben weit weniger Steine gebrochen hätte, als sie leicht hätte brauchen können, und trotzdem den Kl. am Vertrag festhalten wollte.

Mangels Bestimmung einer festen Mindestmenge im Vertrag könnte man höchstens in sinngemäßer Anwendung des § 315 BGB. den Vertrag dahin ergänzen, der Pächter habe die Bestimmung der zu brechenden Mengen nach billigem Ermessen zu treffen gehabt.

(OLG. Bamberg, 2. ZivSen., Urt. v. 4. Nov. 1930, L 117/30.)

Mitgeteilt von OLGR. Güntzer †, Bamberg.

*

Berlin.

2. §§ 585, 1257, 1281 BGB. Eine entsprechende Anwendung des § 1281 BGB. auf das gesetzliche Verpächterpfandrecht, soweit dieses die Unterpachtforderungen des Pächters ergreift, ist nicht möglich.

Es mag sein, daß das dem Verpächter zustehende Pfandrecht sich auch auf die Forderungen des Pächters gegen seine Unterpächter auf Zahlung der Unterpachtzinsbeträge als Erträge erstreckt, „die das Grundstück vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt" (§ 99 Abs. 2 BGB.). So RGRKomm. zu § 585 Anm. 1; Staudinger Bd. II 2, Anm. II 1a zu § 585; Fischer, Pfandrecht des Verpächters: SeuffBl. 78, 178. Es mag ferner auch zutreffend sein, daß der Grundgedanke des § 585 BGB. auf eine möglichst weitgehende Sicherung des Verpächters und auf eine auch im Interesse der Landwirtschaft liegende Erweiterung des Verpächterpfandrechts nach jeder Richtung hin abzielt. In jedem Fall ist die Art und Weise, in der die Bekl. ihr Pfandrecht an den Unterpachtzinsforderungen geltend gemacht hat, nicht angängig.

Es kann schon zweifelhaft sein, ob aus dem § 1273 BGB. i. Verb. m. § 1257 BGB. allgemein eine entsprechende Anwendung der Vorschr. über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht an Forderungen auch auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht an Forderungen abgeleitet werden kann, für eine entsprechende Anwendung des § 1281 BGB. ist jedenfalls kein Raum.

Nach Satz 1 dieser Best. kann der Schuldner nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Wenn diese Best. etwa auch auf das Verpächterpfandrecht an den Unterpachtzinsforderungen anwendbar wäre, so würden die Unterpächter von Anfang an gezwungen sein, ihren Vertragspachtzins an Pächter und Verpächter gemeinschaftlich abzuführen. Nach Satz 2 erste Hälfte könnte jeder von diesen beiden verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet werde, und nach Satz 2 zweite Hälfte könnte jeder von beiden statt der Leistung Hinterlegung für beide verlangen. Es liegt auf der Hand, daß eine derartige Verfangenschaft der Unterpachtzinsforderungen unmöglich gegeben sein kann, da andernfalls der Pächter, der zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Grundstücks auch der

ihm aus der Unterpachtung zufließenden Geldmittel zum mindesten in ihrem erheblichsten Teil benötigen wird, zur Erfüllung jener ihm gegenüber seinem Verpächter obliegenden Pflicht außerstande gesetzt werden könnte. Es bedarf keiner Ausführung, daß ein derartiges Ergebnis von keiner der Vertragsparteien gewollt sein kann. Es kommt hinzu, daß bei einem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrecht an einer Forderung der Umfang der dem Schuldner obliegenden Schuldverbindlichkeit zahlenmäßig genau umgrenzt ist durch die Höhe der zu sichernden Forderung, während bei dem Verpächterpfandrecht, das uneingeschränkt auch für den künftigen Pachtzins besteht, die Höhe der gesicherten Forderung des Verpächters für den Schuldner undurchsichtig ist; der Unterpächter würde also fortlaufend gehalten sein, die Unterpachtzinsbeträge an den Pächter und dessen Verpächter gemeinschaftlich abzuführen oder auf Verlangen des Verpächters für beide zu hinterlegen, dadurch würde dem Pächter aber in unbegrenzter Höhe und auf unbestimmte Zeit eine Verwirklichung seines Anspruches gegen den Unterpächter auf Zahlung der Unterpachtzinsen an ihn selbst genommen oder doch erschwert sein, ohne daß er selbst auch nur in der Lage wäre, die fällige Pachtzinsforderung seines Verpächters durch Verweisung auf die hinterlegten Geldbeträge zum Erlöschen zu bringen.

(KG., 17. ZivSen., Urt. v. 21. Dez. 1931, 17 U 13100/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. v. Waldow, Berlin.

*

3. §§ 581, 626 BGB. **Hat ein Landwirt einen geringen und abgesondert liegenden Teil seines Landes zu mehr gärtnerischer Nutzung (Spargelland) auf lange Dauer verpachtet, so ist zwar auch zwischen Verpächter und Pächter verständnisvolles Zusammenarbeiten zu fordern. Bestehen Streitigkeiten, so geben diese dem Verpächter aber nur dann ein fristloses Kündigungsrecht, wenn den Pächter eine erhebliche Schuld daran trifft.**

(KG., 17. ZivSen., Urt. v. 7. Jan. 1932, 17 U 12015/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dahmann, Berlin.

*

4. § 5 Abs. 1 und 3 KlGartO. **Verliert ein Zwischenpächter von Kleingartenland die Gemeinnützigkeit, so wird der Pachtvertrag nichtig. Wird nunmehr ein Pachtvertrag desselben Inhalts mit einem neuen gemeinnützigen Zwischenpächter vom Zentralkleingartenamt festgesetzt, das auch den ersten Pachtvertrag festgesetzt hatte, so ist eine inzwischen von einem Bezirksamt ohne Kenntnis des Zentralamts verfügte Änderung des Pachtvertrages ohne Wirkung.**

Der erste Zwangspachtvertrag v. 17. Sept. 1923 war zugunsten der Berliner Landpachtgenossenschaft verfügt worden. Dieser war durch Vfg. v. 1. Okt. 1924 die Gemeinnützigkeit aberkannt worden. Hierdurch war sie einem nicht gemeinnützigen Weiterverpächter rechtlich gleichgestellt worden. Nach § 5 KlGartO. wurde daher der bestehende Kleingartenpachtvertrag von dem Wegfall der Gemeinnützigkeit ab nichtig, wie dies der Senat schon in dem Urt. v. 26. März 1928 (HöchstRRspr. 1928 Nr. 1596; JW. 1928, 2474; KGBl. 1928, 89) unter Billigung des RG. im Urt. v. 14. Jan. 1929 (HöchstRRspr. 1929 Nr. 920; JW. 1929, 1982; KGW. 1929, 46) ausgeführt hat. Von dieser Auffassung abzugehen, liegt kein Grund vor, da der Kleingärtner, dessen Schutz das Gesetz bezweckt, mindestens ebenso gegen einen Weiterverpächter, der nicht mehr gemeinnützig ist, geschützt werden muß wie gegen einen solchen, der von Anfang an nicht gemeinnützig war, und da § 5 eine Unterscheidung in dieser Hinsicht auch in keiner Weise erkennen läßt.

Maßgebend für die Beziehungen zwischen den Streitteilen ist daher der Zwangspachtvertrag v. 13. Sept. 1924, dessen Verfügung es bedürfte, um die Rechte der Kleingärtner als Unterpächter zu erhalten. Dieser bestimmt, daß die Regelung des Pachtzinses wie im alten Vertrage bleibe. Dort war für das Kleingartenland eine Punktzahl von 10 für den Quadratmeter festgesetzt worden. Nun hatte zwar inzwischen das Bezirks-Kleingartenamt die Punktzahl auf 5 herabgesetzt. Ob es dies überhaupt gegenüber dem vom Zentral-Kleingartenamt festgesetzten Zwangspachtvertrag konnte oder nicht (wie mit der Auskunft des Zentral-Kleingartenamts anzunehmen sein dürfte), kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls war diese vom Bezirks-Kleingartenamt vorgenommene Pachtzinsänderung nicht zur Kenntnis des Zentral-Kleingartenamts gelangt, und es kann daher die Aufrechterhaltung der bisherigen Pachtzinsbedingungen in dem neuen Zwangspachtvertrage nur den Sinn haben, daß die Punktzahl 10 für den Quadratmeter gelten solle. Der Kl. steht also der auf dieser Grundlage errechnete Pachtzins zu, wenn nicht in ihrem Verhalten, nämlich der Annahme des geringeren Pachtzinses während längerer Zeit, die Vereinbarung des geringeren Pachtzinses oder ein Verzicht auf den Mehrbetrag zu erblicken ist. Wird berücksichtigt, daß der Kleingartenpachtzins im Zwangspachtvertrag festgesetzt ist, durch Zwang äußerst niedriggehalten wird und daß die Kl. sich auf die Berechnung des Bekl. verlassen durfte, da dieser ein Träger des Kleingartenwesens ist, so kann von einer Einwilligung der Kl. in die Herabsetzung des Pachtzinses nicht gut die Rede sein. Fehlt es aber an dieser Einwilligung der Kl., so ist auch der im Zwangspachtvertrage festgesetzte Pachtzins für die streitige Zeit noch maßgebend. Demgegenüber ist es ohne Bedeutung, daß der Bekl. das Land nicht zu eigenem Nutzen gepachtet hat und daß möglicherweise inzwischen die Unterpächter gewechselt haben, da hierdurch seine Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht berührt werden.

(KG., 17. ZivSen., Urt. v. 9. Nov. 1931, 17 U 6214/30.)

Mitgeteilt von KGR. Dahmann, Berlin.

*

Breslau.

5. §§ 535 ff. BGB. **Unterschied zwischen Miete und Pacht. In der Bezeichnung des Vertrages als Mietvertrag ist in der Regel nicht die Vereinbarung zu erblicken, daß die Mieterschutzvorschriften entsprechende Anwendung finden sollen.** †)

Die Parteien haben unter dem 25. März 1920 einen notariellen, als Kauf bezeichneten Vertrag abgeschlossen. Nach § 1 verkaufte die Kl. dem Bekl. das ihr gehörige, unter der Firma Otto H. Buchdruckerei, in W.-A. betriebene Buchdruckereiunternehmen, einschließlich des dazugehörigen Inventars und sämtlicher Verlagsrechte, insbes. des Verlagsrechtes am schlesischen Gebirgskurier, für den Preis von 180 000 *RM*. In § 7 vermietete die Kl. dem Bekl. die zur Zeit von der Druckerei benutzten Räume vom 1. April 1920 ab auf die Dauer von fünf Jahren, und in § 8 für den gleichen Zeitpunkt die im zweiten Stockwerk belegene Vierzimmerwohnung. Die Kl. hat den Vertrag am 15. März 1924 gekündigt. Sie ist der Ansicht, daß es sich um einen Pachtvertrag handelt und hat daher Klage auf Räumung sämtlicher, dem Bekl. überlassenen Räume erhoben.

Das LG. hat mit Recht das Vertragsverhältnis der Parteien als Pacht, nicht als Miete angesehen. Dem Bekl. sind nicht leere Räume, sondern Räume, in denen bisher eine Druckerei betrieben worden war, mit sämtlichen für diesen Druckereibetrieb vorhandenen Maschinen und Anlagen überlassen worden. Wenn auch die Maschinen stark heruntergewirtschaftet waren, so waren doch die für einen Druckereibetrieb benötigten Maschinen bei der Übergabe an den Bekl. betriebsfähig, und es ist mit diesen Maschinen tatsächlich der Druckereibetrieb, in welchem u. a. eine täglich erscheinende Tageszeitung hergestellt wurde, bis zur Verpachtung an den Bekl. geführt worden, und der Bekl. hat mit diesen Maschinen den Betrieb ohne jede Unterbrechung fortgesetzt.

Die Behauptung des Bekl., daß, auch wenn der Vertrag als Pacht anzusehen sei, nach dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsteile die Mieterschutzbestimmungen entsprechend Anwendung finden sollten, das Vertragsverhältnis also nur unter den Voraussetzungen gekündigt werden dürfe, unter denen ein unter Mieterschutz stehendes Mietverhältnis gelöst werden könnte, entbehrt jeder Grundlage und ist als widerlegt zu erachten. Zur Zeit des Vertragsschlusses galt für Mietverhältnisse die MietSchVO. v. 23. Sept. 1918 mit den sich aus der VO. v. 22. Juni 1919 ergebenden Erweiterungen (vgl. Hertel,

---

Zu 5. Es ist richtig, daß man entgegen dem beiderseits gewollten Vertragszweck nicht einen Pachtvertrag als Mietvertrag bezeichnen und ihn dadurch zum Pachtvertrage machen kann. Es muß den Vertragsbeteiligten aber überlassen bleiben, den Vertragszweck selbst zu bestimmen. Im vorliegenden Falle ist das gesamte Buchdruckereiunternehmen einschl. Inventar und sämtlicher Verlagsrechte usw. an den Bekl. verkauft worden. Hätte der Bekl. bereits anderweitig Räume gehabt und wäre er mit seinem Unternehmen dahin übergesiedelt, so war für die Kl. eine Verpachtung ihrer Räume gar nicht mehr möglich. Der Bekl. hätte aber auch das ihm verkaufte Inventar aus der Druckerei herausnehmen und es wieder hineintun können. Auch dann hätte Miete vorgelegen. Etwa zu fordern, daß zur Verwirklichung des von den Parteien gewollten Mietzweckes eine solche unwirtschaftliche Manipulation vorgenommen wurde, dürfte der Vernunft widersprechen. Aber davon abgesehen kann man ein bereits verkauftes Druckereiunternehmen, nachdem nur noch die nackten Räume als nicht verkauft übriggeblieben sind, nicht noch einmal dadurch verwerten, daß man die Räume überdies zur Fruchtziehung verpachtete, da die Fruchtziehung bereits mitverkauft ist. Danach ging der Zweck der Parteien ganz offenbar darauf hinaus, lediglich die nackten Räume zu vermieten. Daß zufälligerweise in den nackten Räumen die bereits den Bekl. gehörigen Inventarstücke standen und also eine Einrichtung, die den Bekl. gehörte (ihm daher nicht verpachtet werden konnte) vorhanden war, muß als nebensächlich bezeichnet werden.

In der bloßen Bezeichnung eines Vertrages als Miete wird man an sich auch die Vereinbarung finden können, daß auf den Vertrag auch die augenblicklichen Mieterschutzvorschriften Anwendung finden sollen. Sonst hätte diese Bezeichnung wenig Zweck. Jedoch ist dies Auslegungssache und wird dann mit dem erkennenden Gerichte übereingestimmt werden müssen, wenn die Bezeichnung lediglich irrtümlich erfolgte.

RA. Beitzen IV, Hildesheim.

Mieterschutz, Bd. I S. 1). Danach konnte zwar eine Kündigung auf Antrag des Mieters vom MEA. für unwirksam erklärt und die Fortsetzung des Mietverhältnisses angeordnet werden. Es konnten ferner allgemeine Anordnungen dahin ergehen, daß ein Mietverhältnis über Wohnungen, Läden oder Werkstätten nur mit Zustimmung des MEA. gekündigt werden könne. Die Entsch. über die Wirksamkeit der Kündigung oder über die Zulassung einer solchen lag aber im billigen Ermessen des MEA., ohne daß bei Vorliegen bestimmter Tatbestände die Zulassung der Kündigung schlechthin vorgesehen war. Es ist daher nicht recht erfindlich, was Bekl. damit meint, wenn er behauptet, die Parteien hätten vereinbart, daß ihr Vertragsverhältnis nur unter denselben Voraussetzungen gelöst werden könne wie ein Mietverhältnis, auf welches die Mieterschutzvorschriften Anwendung fänden.

Auch war nach der MietSchVO. und den hierzu ergangenen örtlichen AusfBest. eine Mitwirkung des MEA. bei der Auflösung des Vertrages nur bei Mietverhältnissen vorgesehen, so daß das MEA., da hier ein Pachtvertrag vorliegt, zur Entsch. über Zulassung oder Aufrechterhaltung einer Kündigung gar nicht zuständig gewesen wäre, und seine Zuständigkeit auch nicht durch Parteivereinbarung, abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle eines Schiedsgerichtsvertrages, begründet werden konnte.

Ferner ergibt die ganze Fassung des Vertrages, daß den Parteien eine solche Vertragsbestimmung vollständig ferngelegen hat. Sie haben offenbar ebenso wie der beurkundende Notar das Vertragsverhältnis fälschlich als einen Mietvertrag angesehen oder geglaubt, daß es lediglich von ihrem Willen abhänge, ein Vertragsverhältnis zur Miete oder zur Pacht zu stempeln, indem sie es als Miete bzw. als Pacht bezeichneten. In der bloßen Bezeichnung als Miete kann aber nicht eine Vereinbarung erblickt werden, daß die Mieterschutzvorschriften entsprechende Anwendung finden sollten. Wäre dies von den Parteien gewollt worden, dann wäre dies sicher, da der Vertrag notariell gemacht worden ist, in anderer Weise zum Ausdruck gekommen und insbes. näher angegeben worden, inwiefern eine entsprechende Anwendung der Mieterschutzvorschriften von den Parteien gewollt war. Es ist nach alledem anzunehmen, daß die Parteien eine solche Vereinbarung nicht getroffen haben, weil sie eben den Vertrag für einen Mietvertrag hielten oder glaubten, ihn durch die gewählte Bezeichnung zu einem Mietvertrag gemacht zu haben und gar nicht mit der Möglichkeit rechneten, daß derselbe als Pacht angesehen werden könne.

(OLG. Breslau, Urt. v. 16. März 1931, 17 U 2894/30.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Hertel, Oppeln.

*

6. § 566 BGB. gilt nicht für Abreden über käuflich dem Mieter oder Pächter überlassenes Inventar.†)

Die Kl. verpachtete die ihr gehörige Landwirtschaft auf mehrere Jahre an den Bekl. Das vorhandene lebende und tote Inventar sollte vom Pächter käuflich übernommen werden.

Die Ansicht der Kl., durch die formlose Abänderung des schriftlichen Vertrages habe sich dieser gemäß § 566 BGB. in einen Vertrag von unbestimmter Dauer verwandelt, ist unzutreffend. Denn die mündlichen Abmachungen betreffen gar nicht den Inhalt des Pachtvertrages selbst, sondern die Begleichung des Kaufpreises für das dem Pächter käuflich überlassene Inventar. Das Erfordernis der Schriftform in § 566 BGB. ist dazu bestimmt, dem Erwerber eines Grundstücks, der nach § 571 BGB. bestehende Pachtverträge gegen sich gelten lassen muß, einen Überblick über die dem Verpächter obliegenden Verpflichtungen zu verschaffen. Durch Vereinbarungen über den Kaufpreis für das dem Pächter käuflich überlassene Inventar wird die Rechtsstellung des Erwerbers nicht berührt, da er in die sich daraus ergebenden Rechte und Verpflichtungen der Vertragsparteien nicht eintritt. Der Anspruch auf den Kaufpreis steht auch im Falle einer Veräußerung des Grundstücks nur der ursprünglichen Verpächterin zu, desgleichen der Zinsanspruch, und ebenso kann der Pächter Rechte in Ansehung des Inventars nur gegenüber dem Verkäufer desselben geltend machen.

Die ursprüngliche Vertragsdauer ist daher durch die nachträgliche formlose Abrede über den Kaufpreis nicht berührt worden.

(OLG. Breslau, Urt. v. 4. Dez. 1930, 17 U 801/30).

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Hertel, Oppeln.

*

Köln.

7. §§ 328, 330, 331 BGB. Bei der Gutsüberlassung erwerben die nicht berücksichtigten Kinder einen selbständigen unmittelbaren Anspruch auf die Abfindung im Zweifel mit dem Tode des erstversterbenden Elternteils. Später ist eine Änderung der Abfindung ohne ihre Zustimmung nicht mehr erlaubt. Tragweite der Vertragsbestimmung, daß der „Übernahmepreis in den Nachlaß" gezahlt werden solle.†)

Die Kl. und die Bekl. sind mit sieben weiteren Geschwistern die Kinder der Eheleute S.

J. J. 1922 schlossen die betagten Eheleute mit der Bekl. einen notariellen Vertr., in dem sie dieser ihren gesamten Grundbesitz, bestehend aus einem Hausgrundstück und mehreren Feldgrundstücken nebst Inventar für 25000 PM. übertrugen. Der Übernahmepreis sollte ein Jahr nach dem Tode des Letztlebenden der Eheleute S. ohne Zinsen „in den Nachlaß" gezahlt werden. Die Bekl. verpflichtete sich außerdem, ihren Eltern bis an deren Lebensende unentgeltlich standesgemäßen Unterhalt zu gewähren. Für den Fall unpünktlicher Unterhaltsleistung behielten sich die Eheleute S. das Recht zum Rücktritt vor.

Die Mutter der Parteien starb 1924 und wurde auf Grund Erbvertr. von ihrem Ehemann allein beerbt.

Der Vater schloß i. J. 1926 mit der Bekl. einen notariellen Vertr., durch den der Vertr. v. J. 1922 abgeändert wurde. In dem neuen Vertr. wurde der Übernahmepreis herabgesetzt. Die Unterhaltsleistungen sollten ferner auf den Übernahmepreis angerechnet werden.

Der Vater starb und wurde von seinen neun Kindern beerbt.

Die Kl. hat ausgeführt, durch den Vertr. von 1922 hätten die Kinder als Erben des letztlebenden Vaters einen unmittelbaren und unwiderruflichen Anspruch auf Auszahlung des Übernahmepreises von 25000 PM. erworben. Dieser Anspruch habe den Erben durch den Vertr. von 1926 nicht wieder entzogen oder beschränkt werden können. Jedenfalls enthalte der zweite Vertr. eine Schenkung, die Bekl. sei deshalb zur Ergänzung des Pflichtteils verpflichtet.

Die Bekl. haben den Anspruch nach Grund und Höhe bestritten.

Bei verständiger Würdigung des Vertragszwecks können die Worte „in den Nachlaß" in dem Vertr. von 1922 nichts anderes bedeuten, als „an die Erben". Es bleibt demnach zu untersuchen, ob die Erben aus dieser VertrBest. sofort einen unmittelbaren und unwiderruflichen Anspruch erworben haben. Denn gegen die Gültigkeit des zweiten Vertr. bestehen keine Bedenken.

Wird in einem Vertr. eine Leistung an einen Dritten versprochen, so erwirbt der Dritte hieraus eine Forderung nur dann, wenn dies der Absicht der Vertragschließenden entspricht. Ob das der Fall ist, bleibt in Ermangelung einer ausdrücklichen VertrBest. Auslegungsfrage und muß aus der Gesamtlage der Umstände, insbes. aus dem Zweck des Vertr. entnommen werden (§ 328 Abs. 2 BGB.).

Indessen hat § 330 Abs. 2 BGB. für den hier vorl. Fall der Gutsüberlassung eine Auslegungsregel gegeben. Dort ist bestimmt, daß im Zweifel der Dritte, ohne daß es seines Beitritts zum Vertr. bedarf, einen selbständigen und unmittelbaren Anspruch auf die Leistung aus dem Vertr. erwirbt. Damit ist freilich nicht auch die Frage entschieden, wann der Dritte dieses Recht erwerben soll, ob die Berechtigung unwiderruflich sofort mit dem Abschluß des Vertr., oder ob sie erst später oder unter gewissen Voraussetzungen eintreten soll. Dies hängt von dem Inhalt des Vertr. ab. Der

---

Zu 6. Bei Verbindung von Miet- bzw. Pachtverträgen mit Inventarkaufverträgen zu einheitlichen Verträgen stellt die Kaufsabrede einen wesentlichen Bestandteil des einheitlichen Vertrags dar; gleichwohl verneint obiges Urteil mit Recht die Erstreckung des Formerfordernisses des § 566 BGB. auf den Kaufteil des Vertrags. Denn die Schriftform des § 566 soll lediglich den Inhalt des dauernden, sich ständig erneuernden Teil des Vertrags (des Miet- bzw. Pachtvertrags) zwecks Orientierung späterer Erwerber des Grundstücks sicherstellen; dazu aber bedarf es der schriftlichen Festlegung des nicht auf dauernde Erfüllung abgestellten Kaufteils des Vertrags nicht; der Kauf ist ohne Rücksicht auf die Dauer des Mietvertrags vom Miet-Käufer (Pächter-Käufer) zu erfüllen und nicht von einem Miet- bzw. Pachtnachfolger oder diesem gegenüber. So sprechen Sinn und Zweck des § 566 gegen die in obigem Urteil abgelehnte Erstreckung, gleichgültig, ob der ursprüngliche Vertragsabschluß oder die nachträgliche Abänderung des Kaufteils in Frage steht.

JR. Dr. Bruno Stern, Würzburg.

Zu 7. Das Urt. erscheint in seiner Begr. nicht frei von Bedenken. Der Vertr. von 1922 wird m. R. als Gutsüberlassungsvertr. (GüV.) angesehen; er enthält zugleich einen Altenteilsvertr. i. S. der Art. 96 EGBGB. und Art. 15 PrAGBGB., wie das meistens der Fall ist. Das BGB. gibt keine Begriffsbest. des GüV., es hat ihn nur mehrfach im Auge, so §§ 511, 1477, und erwähnt ihn ausdrücklich im § 330. Nachdem man bis in das vorige Jahrhundert hinein geneigt gewesen war, den Vertr. als dispositio parentum inter liberos aufzufassen, steht heute nach dem Vorbilde des § 656 I 12 ALR.: „Vertr., wodurch Eltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihren Kindern abtreten, sind bloß als Vertr. unter Lebenden anzusehen", und nach den grundlegenden Untersuchungen des jüngeren Puchta „über die Rechtsnatur der bäuerlichen Gutsabtretung" (Gießen 1837) in Rspr. und Rechtslehre fest, daß der GüV. ein Vertrag unter Lebenden ist, und zwar ein entgeltlicher, meistens ein gemischter. Das Wesentliche des Vertr. ist die entgeltliche Übertragung des Gutes, er ist also ein Kaufvertr. (Puchta S. 22 ff.).

Bedingen sich die Übertragsgeber, wie das sehr oft der Fall

Vertr. von 1922 sagt nichts hierüber. Es greift aber, da die Leistung an die Erben erst nach dem Tode des Letztlebenden erfolgen soll, die gesetzliche Auslegungsregel des § 331 BGB. ein. Danach erwirbt im Zweifel der Dritte, der erst nach dem Tode des Versprechensempfängers die Leistung empfangen soll, das Recht auf diese Leistung mit dessen Tode. Dies würde zur Folge haben, daß der Vater bis zu seinem Tode als der solang Alleinberechtigte über den Übernahmepreis frei hätte verfügen können. Hier ist aber ein entgegenstehender Wille der Vertragschließenden anzunehmen. Denn die Zuwendungen für die gesetzlichen Erben in einem bäuerlichen Gutsüberlassungsvertr. enthalten durchweg eine vorweggenommene Erbfolge, da das Vermögen der bäuerlichen Bevölkerung erfahrungsgemäß im wesentlichen aus Grundstücken besteht. Deshalb ist auch bei deren Überlassung an ein einzelnes Kind die **endgültige** Abfindung der nicht berücksichtigten Geschwister des Übernehmenden geboten, und dies ist regelmäßig der Wille der sich zur Ruhe setzenden Eltern. In dieser klar erkennbaren Absicht wird der Vertr. geschlossen. Hiermit ist es aber unvereinbar, daß nach dem Tode des einen Elternteils die übrigbleibenden Vertragsteile beliebig den anderen Abkömmlingen ihre Erbteile entziehen oder schmälern könnten. Bis zum Tode des einen Elternteils muß man allerdings eine Befugnis der Eltern unterstellen, mit Zustimmung des Gutsempfängers die Abfindung abzuändern. Ein solches Recht steht den Eltern bei der letztwilligen Verfügung zu, und es ist nicht anzunehmen, daß sie sich durch den Gutsüberlassungsvertr. stärker binden wollen. Das Recht auf die Abfindung erwerben demnach die anderen Kinder erst mit dem Tod des erstversterbenden Elternteils. Dies entspricht der Absicht der Vertragschließenden beim Vertragschluß, die auf eine Regelung der Erbfolge geht. Nach dem Tode der Mutter konnten daher hier der Vater und die Bekl. allein nicht einseitig die Rechte der übrigen Kinder auf die Abfindung beseitigen oder sie beeinträchtigen. OLGRspr. 39, 139 betrifft einen anderen Fall.

Eine Befugnis, den früheren Vertr. zum Nachteil der anderen Kinder zu ändern, ergibt sich auch nicht daraus, daß sich die Eltern im Vertr. von 1922 für den Fall der unpünktlichen oder schlechten Versorgung das einseitige Rücktrittsrecht vom Vertr. vorbehalten haben. Diese VertrBest. spricht im Gegenteil eher für die hier vertretene Ansicht, da sie den einseitigen Rücktritt nur für diesen bes. Fall vorsah, ihn also sonst ohne Mitwirkung der **sämtlichen** Vertragsteile oder der mit ihrem Erbteil schon bedachten Kinder ausschloß. In dem Vertr. von 1922 sind ferner die bedachten Erben nicht mit Namen benannt worden, sondern die Bekl. hatte den Übernahmepreis „in den Nachlaß“ zu zahlen. Da der überlebende Elternteil lt. Erbvertr. der alleinige Erbe des Erstverstorbenen war, hätte es vielleicht in seiner Macht gelegen, einseitig durch Errichtung eines Testaments einzelne oder sämtliche Kinder von der Erbfolge und damit von dem Anteil an dem Übernahmepreis auszuschließen. Es geht jedoch nicht an, hieraus zu schließen, daß die Kinder durch den Vertr. nicht mit dem Tode der Mutter ein unwiderrufliches Recht auf die Abfindung verlangt hätten. Denn einmal hat der Vater keine derartige letztwillige Verfügung errichtet und dann hätte er auch nicht, wie im Vertr. von 1926 geschehen, die Abfindung selbst in der letztwilligen Verfügung zum Nachteil der anderen Erben ändern dürfen. Insoweit war er nach dem Zweck des Vertr. und dem Willen sämtlicher Vertragsteile gebunden.

(OLG. Köln, 2. ZivSen., Urt. v. 5. Nov. 1931, 2 U 77/31.)

*

8. § 917 BGB. **Das Notwegerecht umfaßt nicht nur die Benutzung des Weges zum Gehen und Fahren. Es kann auch das Recht in sich schließen, den Notweg zur Zuführung von elektrischem Strom, Gas, Wasser usw. zu benutzen.** †)

Die Anwendung des § 917 BGB. ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Begriff „Notweg“ dahin auszulegen ist, daß er nur das Recht auf einen „Weg“ im gewöhnlichen Sinne in sich schließt, also das Recht über das Nachbargrundstück zu gehen und zu fahren. Eine solche enge Auslegung würde den Anforderungen des neuzeitlichen Verkehrs- und Wirtschaftslebens nicht gerecht. Sicherlich bezieht sich die Vorschr. des § 917 BGB. in erster Linie auf Fälle der gewöhnlichen Art, daß nämlich dem abgeschlossenen Grundstück die Verbindung mit dem öffentlichen Wege zum Gehen und Fahren fehlt. Ein städtisches Grundstück bedarf aber weiter zur ordnungsmäßigen Benutzung regelmäßig des Anschlusses an Wasserleitung, Entwässerung, Gas und Elektrizität; das muß insbes. für das Grundstück der Bekl. gelten, da es sich hier um ein städtisches Fabrikgrundstück handelt, das den Strom zum Teil auch als Kraftstrom verwendet. Den Not-

---

ist, einen größeren Barbetrag als Gegenleistung aus, so spricht man von „Gutsabstandsgeld“, „Ansatzpreis“, „Restkaufgeld“ oder auch, wie im vorl. Falle, vom „Übernahmepreise“. Regelt der Vertr. nur die Beziehungen zwischen den Eltern und dem Übernehmer, so unterscheidet man wohl auch diese „reinen GÜV.“ von den andern, die auch die Verhältnisse zu den übrigen Kindern ordnen (vgl. **Mügel**, Aufwertungsrecht, 1927, S. 611 und von ihm angef. Obergerichte). Daraus ergibt sich, daß die Abfindung der Geschwister nicht als wesentliches Merkmal des GÜV. anzusehen ist (vgl. RG.: JW. 1930, 2390 und KG.: DNotZ. 1928, 123).

Wenn im vorl. Falle sich die Eltern einen „Übernahmepreis“ versprechen ließen, so ist nicht einzusehen, weshalb dieser nicht, wie jede Kaufpreisforderung, ihr freies Eigentum sein und bleiben sollte. Der Hinweis des Ger., daß der GÜV. durchweg eine vorweggenommene Erbfolge enthalte, steht mit der Tatsache im Widerspruche, daß es „reine Übertragsvertr.“ gibt, bei denen an die Abfindlinge überhaupt nicht gedacht wird. Gegen den Abfindungszweck des Übernahmepreises spricht weiter, daß die Gutsüberlasser sich den Rücktritt vom Vertr. bei schlechter Behandlung vorbehielten. Dieses Recht stand auch dem überlebenden Gatten als Gesamtgläubiger zu (§ 428 f.). Er konnte also die angeblich schon mit dem Tode des Erstverstorbenen auf die Kinder übergegangene Forderung wieder aufgeben. Vor allem fehlt es aber an dem Merkmale des § 330, daß „die Übernehmerin eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen hatte“. Als Dritte sollen die Erben gemeint sein, die im Wege der — allerdings wohl berechtigten — Auslegung an die Stelle des „Nachlasses“ treten, an den der Übernahmepreis ein Jahr nach dem Tode des Letztlebenden zu entrichten ist. Zu den Erben gehört aber auch die Übernehmerin, die hier nicht wohl zugleich als „Dritter“ auftreten kann. Namentlich ist aber nichts davon gesagt, daß der Übernahmepreis „zum Zwecke der Abfindung“ versprochen ist. Mit der allg. Bemerkung, daß der GÜV. eine vorweggenommene Erbfolge enthalte, läßt sich diese Voraussetzung des § 330 nicht ersetzen. Der überlebende Gatte, der auf Grund des Erbvertrages der Erbe des anderen geworden war, durfte daher nach meiner Ansicht über den Übernahmepreis und seine Aufwertung verfügen.

Will man der Auslegung des OLG. folgen, und danach als Willen der Vertragsparteien annehmen, daß der Übernahmepreis den Erben zum Zwecke der Abfindung versprochen werden sollte, so trete ich der Ansicht bei, daß nach dem Tode der Mutter, dem einen der beiden „Versprechensempfänger“, dem Vater, nicht mehr das Recht zustand, den Anspruch aufzugeben, weil dieser inzwischen von den Erben „erworben“ war (§ 331). Die Frage, **wann** bei GÜV. der Abfindungsanspruch auf die nicht zugezogenen Geschwister übergeht, ist unter altem Rechte außerordentlich umstritten gewesen (vgl. u. a. RG. 29, 173; JW. 1895, 547; Gruch. 37, 985). Das BGB. hat durch die Vermutungen der §§ 330 Satz 2 und 331 Abs. 1 die Beweislast verteilt: Im Zweifel soll dem Abfindling der Anspruch auf die Abfindung sofort zustehen; wenn sie aber nach dem Tode des Gutsüberlassers fällig ist, so erlangt er das Recht im Zweifel erst mit dessen Tode. Diese gesetzlichen Vermutungen können aber nach § 328 Abs. 2 widerlegt werden, wenn „aus den Umständen, insbes. aus dem Zwecke des Vertr. zu entnehmen ist“, daß der Abfindling ein Recht noch nicht erwerben soll. OLG. Köln schließt sich der weitverbreiteten Auffassung an, daß der bäuerliche Gutsüberlasser sich das Recht des Widerrufes bzw. der Abänderung bez. der ausgesetzten Abfindungen vorbehalten will. Andere Fälle s. OLGRspr. 12, 36 (Königsberg); 39, 139 u. 40, 272 (Hamm).

Kann diese Abänderung auch noch vorgenommen werden, wenn von den übertragenen Eheleuten einer gestorben ist? Ich möchte das mit dem OLG. verneinen, falls die Gatten sich das Recht dazu nicht ausdrücklich im Vertr. vorbehalten haben. Nach § 331 Abs. 1 fiel die Abfindung den Kindern spätestens mit dem Tode des Erstverstorbenen an. Dieser Anfall läßt sich nicht etwa auf die Hälfte oder einen sonstigen Bruchteil beschränken. Beide Gatten wollten gemeinsam den Kindern die Abfindung aussetzen, sie konnten das gemeinsam ändern, taten sie das nicht, so muß als Wille der Vertragschließenden angesehen werden, daß nach dem Tode eines Gatten nunmehr die Abfindung dem Kinde unwiderruflich verbleibt. Bei dem stark erbrechtlichen Gehalte des Übertragsvertr. ergibt sich das unter entspr. Anwendung auch aus §§ 2271, 2272 BGB. Danach ist dann schließlich aber auch die vom OLG. erwogene Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Vater vielleicht durch Testament die Abfindungen hätte ändern können.

JR. Dr. **Wilh. Meyer**, Bielefeld.

Zu 8. Der Entsch. wird im Ergebnis und in der Begründung zuzustimmen sein. Die Frage des Umfanges des Notwegerechtes ist in Lehrmeinung und Rspr. streitig. J. S. der vorl. Entsch. hat sich ausgesprochen: **Rüdenberg**, Das Notwegerecht, Bonn 1905, S. 13, 14; **Langholz**, Das Recht, 1913 S. 511; **Staudinger**, BGB. zu § 917 Anm. III; **Wolff**, Sachenrecht, 1927 S. 168 Anm. 4; LG. Elbing: JMonSchr. f. Pos. 1909, 42 ff.; OLG. Augsburg: LZ. 1914, 1768; OLG. Hamm: SeuffArch. 79, 61. **Dagegen**: **Francke**: Recht 1913, 400; **Planck** zu § 917 Anm. 2α, β; RGRKomm. zu § 917 Anm. 10; OLG. Köln: Neumanns Jahrb. Jahrg. 3 Bd. 1 zu § 917 BGB.; OLG. Colmar: DJZ. 1909, 440; auch wohl BayObLG. 7, 230. („Die Herstellung einer ungewöhnlichen Verbindung kann nicht beansprucht werden.“) Das RG. hat sich nur einmal, soweit ersichtlich, mit der Frage befaßt (Recht 1914 Nr. 211) und hat das Auflegen von Schienen zur besseren Beförderung von schweren Roll-

weg in Fällen, in denen eine andere Anschließungsmöglichkeit an derartige Leitungen fehlt, nur aus dem Grunde zu versagen, weil das Verbindungsmittel nicht die Erdoberfläche bildet, scheint durch nichts gerechtfertigt und ist auch um so weniger begründet, als das Gesetz selbst nur von der „Verbindung“ mit dem öffentlichen „Wege“ spricht, ohne etwa einschränkend zu bemerken, was unter einer solchen Verbindung zu verstehen ist. Ebenso, wie zu einem öffentlichen Wege, wie ihn eine städtische Straße darstellt, nicht nur die Straßenfläche, sondern der ganze Wegekörper gehört, gehört zu einer den neuzeitlichen Verkehrsanordnungen und Verkehrsanschauungen entsprechenden „Verbindung mit einer öffentlichen Straße“ nicht nur die Oberfläche des Verbindungsweges, sondern auch der darunter liegende Erdraum, soweit er zur Aufnahme der zur Bewirtschaftung des abgeschnittenen Grundstückes erforderlichen Leitungen gebraucht wird.

Die engere Auslegung des Begriffes „Notweg“ würde dazu führen, daß der Eigentümer eines von öffentlichen Wegen abgeschlossenen Grundstücks darauf angewiesen wäre, mit seinen Nachbarn Verträge zu schließen, um Anschlüsse an Kanalisationsanlagen, Gas, Wasser oder elektrische Leitungen unter dem Grundstück des Nachbars legen zu können. Damit wäre aber ein solcher Eigentümer gezwungen, auf alle ihm gestellten noch so harten Bedingungen einzugehen, wenn er nicht auf die wirtschaftliche Ausnutzung seines Grundstücks verzichten will. Schon diese Erwägung allein beweist die Notwendigkeit, dem Notwegerecht einen den Zeitverhältnissen entsprechenden Inhalt zu geben. Es umfaßt nicht nur die Benutzung des Weges zum Gehen und Fahren; je nach Lage der Umstände ist es umfassender und vorliegend muß es auch das Recht in sich schließen, den Notweg zur Zuführung des elektrischen Stroms zu benutzen (Staudinger, Komm. z. BGB. Anm. III zu § 917; Wolff, Sachenrecht 1927, S. 168 Anm. 4; RG.: LZ. 1914, 1768; SeuffArch. 79, 61).

(OLG. Köln, 6. ZivSen., Urt. v. 24. Nov. 1931, 6 U 129/31.)

Mitgeteilt von RA. Ernst Crott, Aachen.

*

Stuttgart.

9. § 75 AufwG. Der Vergleich muß auf Zahlung lauten, um vollstreckbar zu sein.

In einem Vergleich vor der AufwSt. anerkannte der Schuldner 670 ℳ für die persönliche Forderung, verzinslich und zahlbar nach dem AufwG. Der Gläubiger verlangte Vollstreckungsklausel. Die AufwSt. lehnte ab, das LG. wies sie auf Beschwerde an, die Vollstreckungsklausel zu erteilen, das OLG. hob auf. In § 75 AufwG. ist vorausgesetzt, daß der Vergleich einen der Vollstreckung zugänglichen Inhalt hat, daß er nicht bloß eine Zahlungspflicht ausspricht, wie die Entsch. der AufwSt., sondern darüber hinaus auf Zahlung gerichtet ist (Quassowski zu § 75; Michaelis, Anm. 4 zu § 75). Hieran fehlt es hier trotz der Best. über die Fälligkeit.

(OLG. Stuttgart, 1. ZivSen., Beschl. v. 11. Juli 1931, BA 5/31.)

Königsberg. **II. Verfahren.**

10. 1. § 41 Ziff. 1 ZPO. Ein Amtsrichter, der ein Jagdpachtrecht in einer Zwangsversteigerungssache anmeldet, ist in dieser ausgeschlossen. Zieht er seine Anmeldung bei Beginn der Versteigerung zurück, dann ist er von der Vornahme der Versteigerung nicht ausgeschlossen.

2. § 10 Ziff. 3 ZwVerstG. Die landschaftliche Generalgarantie der Ostpr. LandschO. ist eine öffentliche Haft.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 1. Febr. 1932, 7 W 56/32.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

*

11. § 811 Ziff. 4 ZPO. Pfändbarkeit von Bienenstöcken.

Der Schuldner, der einen Obst- und Gemüsegarten gepachtet hat, hat in diesem 90 Bienenstöcke aufgestellt, von denen 20 gepfändet sind. Durch den angef. Beschluß ist die Pfändung für unzulässig erklärt. Die Beschwerde des Gläubigers hat Erfolg gehabt. Es kann dem LG. nicht darin beigestimmt werden, daß der Schuldner zu den Personen zu rechnen ist, welche Landwirtschaft betreiben. Allerdings macht es keinen Unterschied, ob die Landwirtschaft von dem Eigentümer oder Pächter betrieben wird. Es kann ferner auch die Gärtnerei und Bienenzucht als Landwirtschaft angesprochen werden; sie muß aber landwirtschaftlich betrieben werden, also einen Umfang und eine Einrichtung haben, daß der Betrieb als der eines Landguts i. S. der §§ 98 Ziff. 2, 583 BGB. anzusehen ist und der Schuldner als Landwirt bezeichnet werden kann, der die Bienenzucht als Haupt- oder Nebenbetrieb ausübt. Dazu reicht aber der Betrieb eines Obst- oder Gemüsegartens in der Regel nicht aus, da diesem der Charakter eines Landguts, einer mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenen Wirtschaftseinheit fehlt. Dazu kommt, daß nicht ersichtlich ist, inwieweit die gepfändeten Bienenstöcke zum Wirtschaftsbetriebe erforderlich sind. Die Bienen finden ihre Nahrung nicht nur auf dem Gartengelände, sondern auch, und wohl in der Hauptsache, auf anderen Grundstücken in weitem Umkreise. Das Pachtland dient also nicht zur Ernährung der Bienen, sondern hauptsächlich zur Aufstellung der Bienenstöcke. Wenn das Grundstück den nötigen Raum bieten würde, könnte das Mehrfache des jetzigen Bestandes an Bienenvölkern auf ihm gehalten werden, ohne daß man davon sprechen könnte, daß sie zum Wirtschaftsbetrieb erforderlich seien. Ebensowenig wie aus § 811 Ziff. 4 ist aber auch die Pfändung der 20 Bienenstöcke aus Ziff. 5 ausgeschlossen, da der Schuldner zugibt, daß er neben seiner sonstigen gewerblichen Tätigkeit die Bienenvölker nicht allein versorgen könne, sondern dazu der Hilfe seiner beiden Söhne benötige.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 27. Aug. 1931, 7 W 778/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

---

b) Strafsachen.

Berlin. **I. Strafgesetzbuch.**

12. § 360 Ziff. 11 StGB.; § 80 PolVO. Übermäßiges Heulen von Hunden.

Nach § 80 StraßPolVO. für die Stadt W. dürfen Besitzer von Hunden diese zur Nachtzeit nicht außerhalb des Grundstücks aussperren und müssen dafür sorgen, daß die Hunde nicht durch Heulen und anhaltendes Bellen die Nachtruhe der Einwohner stören. Nach dem von dem AR. festgestellten Sachverhalt ist der Tatbestand des ruhestörenden Lärms i. S. des § 360 Ziff. 11 StGB. erfüllt. Diese Vorschrift, neben der nach der neueren Rspr. des erk. Sen. (vgl. Johow Jahrb. 47, 376; Urt. v. 8. April 1927, 1 S 200/27) allerdings auch polizeiliche, außerhalb des Rahmens des § 360 Ziff. 11 StGB. liegende Lärmschutzbestimmungen zulässig sind, geht als reichsrechtliche — sofern ihre Voraussetzungen gegeben sind — jener landesrechtlichen vor.

Nach § 360 Ziff. 11 StGB. macht sich strafbar, „wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt“. Dazu genügt, daß der Lärm, d. h. die beunruhigende und belästigende Einwirkung durch den Gehörsinn auf das Empfindungsleben, geeignet ist, die Ruhe des Publikums allgemein zu stören. Der Ausdruck „ungebührlicherweise“ deutet darauf hin, daß es sich um eine Ruhestörung ohne gerechtfertigte Veranlassung, um eine das Publikum unnötige belästigende Überschreitung einer zustehenden Befugnis handeln muß. Freilich ist nicht jede geringfügige Ruhestörung hierfür ausreichend, vielmehr muß sie dem Maße nach erheblich über die Grenze des Erlaubten hinausgehen. Darauf, ob die Erregung unmittelbar oder nur mittelbar geschieht, kommt nichts an (Olshausen, 11. Aufl., Anm. D zu § 360 Ziff. 11 StGB.). Diese objektiven Voraussetzungen liegen, wie aus den Urteilsfeststellungen hervorgeht, hier vor. Denn ihnen zufolge hat der Angekl. in W. in einem Hundezwinger eine Anzahl Hunde untergebracht, die in den Nächten zum 26., 27., 28. und 29. Aug. 1929 die Ruhe der Nachbarn, also eines individuell nicht abgegrenzten Personenkreises, durch fortgesetztes Heulen andauernd, mithin in übermäßiger Weise, unnötig gestört haben. Nach den weiteren Feststellungen des AR. hat der Angekl. das Ansuchen um Abstellung des Mißstandes in unhöflicher Weise abgelehnt und sich hartnäckig geweigert, gegen die Ruhestörung der

---

wagen, wobei die Schienen nach der Benutzung jedesmal wieder entfernt wurden, für zulässig gehalten, trifft also nicht fest eingebaute Gegenstände. Die Gegner begründen ihre Ansicht damit, daß in § 917 BGB. nur von einem Wege gesprochen sei, der nach § 918 Abs. 2 BGB. über das Grundstück führt. Dem wird man nicht beipflichten können, denn Notwege können schon als gepflasterte oder chaussierte Straße nicht unerheblich in den Erdboden einschneiden. Es muß der obigen Entsch. darin beigepflichtet werden, daß nach heutiger Auffassung zum Wegekörper auch die darunter befindlichen Leitungen für Gas, Wasser, Elektrizität usw. gehören. In der Entsch. war ein Notweg im engeren Sinne vorhanden. Dies wird man zur Anwendung des § 917 BGB. auch auf sonstige Zuleitungen für erforderlich ansehen müssen. Bei dem angeführten Schrifttum ist dies nicht immer zu erkennen. Besteht für ein Grundstück eine Verbindung mit einer öffentlichen Straße, so besteht überhaupt kein Notwegeanspruch, dann aber auch nicht für Zuleitungen der in Rede stehenden Art, selbst dann nicht, wenn über die vorhandene Verbindung diese Zuleitungen nicht beschafft werden können. Andernfalls würde man zu Unbilligkeiten kommen. Man denke an den Fall, daß eine Straße mit Anlagen für Gas, Wasser, Elektrizität usw. versehen ist, eine gleichlaufende Straße, deren Grundstücke an die Anlieger der ersten Straße stoßen, aber nicht. Hier kann man dem Eigentümer der an der ersten Straße liegenden Grundstücken nicht zumuten, denen der zweiten Straße ein Recht der Durchführung der Zuleitungen zu ihrem Grundstücke zu gewähren. Liegt aber ein allgemeines Notwegerecht vor, so wäre es unbillig, die wirtschaftlich oft notwendigen Zuleitungen der genannten Art über diesen Notweg zu verbieten.

RA. Dr. Riccius, Berlin.

Ortsbewohner Vorsorge zu treffen. Damit ist auch der innere Tatbestand einer Zuwiderhandlung gegen den § 360 Ziff. 11 StGB. dargetan. Denn hieraus erhellt, daß der Angekl. fernerhin das Geheul der Hunde zugelassen hat in dem Bewußtsein, daß dadurch die Ruhe der Nachbarn gestört werde. Er hat also mit dem zur Strafbarkeit ausreichenden bedingten Vorsatz gehandelt. Unerheblich ist es dabei, ob die Hunde — wie die Rev. u. a. ausführt — nicht Eigentum des Angekl., sondern seiner Ehefrau sind. Denn da er die Hünde in dem Zwinger untergebracht hat, so ist die Annahme berechtigt, daß er jedenfalls der Halter der Tiere ist, zumal wenn sie etwa zum eingebrachten Gut oder im Falle der Gütergemeinschaft zum Gesamtgut gehören (vgl. RGRKomm. z. BGB., 5. Aufl., 1. Bd. Anm. 4 zu § 833). Als solcher verfällt er der Bestrafung aus § 360 Ziff. 11 StGB., wenn er es — wie festgestellt ist — zuläßt, daß die Hunde in der Nacht übermäßig heulen (vgl. LpzKomm., 4. Aufl., Anm. 5 zu § 360 Ziff. 11 StGB.; Olshausen, 11. Aufl., Anm. d zu § 360 Ziff. 11 StGB.; GoltdArch. 41, 58; BayObLG. 7, 260 f. und 17, 2; Urt. des Sen. v. 4. März 1927, 1 S 53/27, s. auch Recht 1913, 473).

Wenn die Revision besonders geltend macht, daß der Hundezwinger von dem betroffenen Grundstück 600 m entfernt liegt, so sei demgegenüber darauf hingewiesen, daß nach den Urteilsgründen das fortgesetzte Heulen während der Nachtstunden, also zu einer Zeit stattfand, als es bei der naturgemäß sonst herrschenden Stille besonders weit vernehmbar war, und daß es, wie oben ausgeführt ist, für die Anwendung des § 360 Ziff. 11 StGB. ausreicht, wenn der Lärm geeignet war, die Ruhe zu stören.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 14. März 1930, 1 S 97/30.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Stienen, Neutempelhof.

*

Dresden.

13. § 321 StGB. Das Einrammen von Pfählen in einen Weg erfüllt den Tatbestand, auch wenn die herausragenden Teile der Pfähle abgesägt wurden. Vermeintliche Notwehr.

Das Graben der Löcher und das Einrammen der Pfähle in diese Löcher stellt eine Einwirkung auf die Substanz des Weges dar, durch die dessen Brauchbarkeit für seine Zweckbestimmung erheblich herabgemindert wurde. Denn dadurch wurde es dem zum Befahren des Weges berechtigten Z. unmöglich gemacht, seinen Lastkraftwagen in der technisch einzig richtigen Weise in seine an dem Wege gelegene Garage hineinzufahren und aus ihr herauszubringen. Es wurde also eine bestimmte Gebrauchsart ausgeschlossen oder wenigstens stark erschwert. Durch das Absägen der über die Oberfläche des Weges hinausragenden Teile der Pfähle ist die Brauchbarkeit des Weges für diesen Teil seiner Zweckbestimmung wiederhergestellt worden. Damit entfiel die Beschädigung des Weges, obwohl die beim Setzen der Pfähle vom Angekl. vorgenommene Einwirkung auf die Substanz des Weges fortdauerte. Ob die Sperrung eines Weges, durch die Gefahr für das Leben oder die Gesundheit anderer herbeigeführt wird, unter § 321 StGB. fällt oder nicht, hängt davon ab, ob bei der Schaffung des Hindernisses auf die Substanz eingewirkt wird oder nicht. Denn der Begriff der Beschädigung in § 321 StGB. ist kein anderer als der in § 303 StGB. Daß § 321 StGB. trotz dieser Begriffsgleichheit eine viel schärfere Strafe androht als § 305, beruht nur auf den in § 321 zum Tatbestandsmerkmal erhobenen schweren Folgen: der Herbeiführung von Gefahr für das Leben oder die Gesundheit anderer. Das ergibt sich ohne weiteres aus der Einreihung dieses Vergehens in den 27. Abschnitt des StGB.

Es ist festgestellt, daß Z. durch das Urt. vor der Tatzeit das Recht zugesprochen worden ist, den vom Angekl. beschädigten Weg als Einfahrt zu seiner Garage zu benutzen. Ferner sagt die angef. Entsch.: „Daß der Angekl. sich der Rechtswidrigkeit seines Tuns nicht bewußt gewesen sei, war unerheblich, da dieses Bewußtsein vom Gesetz nicht gefordert ist." Dies läßt die Möglichkeit offen, daß der Angekl. das Urt. dahin ausgelegt hat, daß Z. nur das Recht habe, den Weg bis zur Höhe der Einfahrt in seine Garage zu benutzen. Irrte aber der Angekl. über den Umfang des Z.schen Wegerechts, und glaubte er deshalb, die Fahrweise Z.s verletzte seine eigene Grunddienstbarkeit, so würde er möglicherweise in vermeintlicher Notwehr gehandelt haben, und er könnte dann wegen seiner Abwehrhandlungen nicht nach § 321 StGB. bestraft werden, weil ihm der Vorsatz gefehlt hätte, vorausgesetzt, daß er sich dabei wenigstens nach seiner Vorstellung in den Grenzen der zur Abwehr des vermeintlichen rechtswidrigen Angriffs erforderlichen Verteidigung gehalten hat.

(OLG. Dresden, Urt. v. 1. Dez. 1931, 2 OSt 270/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Karlsruhe.

14. §§ 350, 246 StGB. An der Regel, daß die Fähigkeit zu alsbaldigem Ersatz vom Vorwurf der Amtsunterschlagung nicht befreit, ist festzuhalten. Aber auch diese Regel erleidet Ausnahmen, weil auch bei der Amtsunterschlagung der Vorsatz, die entnommenen amtlichen Gelder sich rechtswidrig zuzueignen, nicht unterstellt werden darf, sondern von Fall zu Fall bewiesen werden muß. †)

Das SchöffG. hat zunächst hervorgehoben, nach der Rspr. sei die Absicht rechtswidriger Zueignung nicht als gegeben zu erachten, „wenn der Täter in der Lage ist, den zugeeigneten Betrag aus jederzeit greifbaren Mitteln sofort zu ersetzen". Das Vorliegen dieses Sachverhalts hat es sodann daraus gefolgert, daß der Angekl. nach Feststellung des Fehlbetrags von 185 ℳ bei der Rev. diesen Fehlbetrag innerhalb weniger Minuten ersetzt habe. Entscheidend ist aber der Zeitpunkt der Entnahme, nicht der der Entdeckung und des Ersatzes! Aber auch wenn die Feststellung des SchöffG. in sich unbedenklich wäre, könnte sie den Freispruch nicht tragen. Allerdings hat die Rspr. bei einer gewöhnlichen Unterschlagung im allgemeinen den Vorsatz rechtswidriger Zueignung dann verneint, wenn der Täter zum Ersatz des entnommenen Geldes willens und jederzeit in der Lage war. Diese Rspr. wurzelt in der Annahme, der Eigentümer des Geldes werde unter solchen Umständen gegen die vorübergehende Entnahme nichts einzuwenden haben, mindestens dürfe der Täter das annehmen und sei, wenn er sich irre, durch § 59 StGB. geschützt. Dieser Gesichtspunkt entfällt aber, wenn es sich um Amtsunterschlagung handelt, da der Verwalter öffentlicher Gelder die Einwilligung des zur Verfügung über die Gelder berechtigten Staatsorgans zu ihrer privaten Zwecken dienenden Entnahme jedenfalls nur unter ganz besonderen Umständen voraussetzen kann (vgl. darüber RGSt. 3, 10; 61, 207, und neuerdings RG.: JW. 1931, 3668 mit Anm. von Dahm).

Auch der Vergleich eines Gerichtsvollziehers — der Gelder in amtlicher Eigenschaft empfängt — mit einem RA. — der insoweit sicher nur privater Beauftragter ist — kann den von dem angegriffenen Urt. gezogenen Schluß nicht rechtfertigen. Die Freisprechung beruht auf einer nicht genügenden Unterscheidung des Wesens der Amtsunterschlagung von der gewöhnlichen Unterschlagung und somit auf einer Verletzung des Gesetzes. Dem Antrag der StA. auf Aufhebung war daher stattzugeben.

Dem weiteren Antrag, alsbald unter Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe gem. § 354 StPO. eine Verurteilung auszusprechen, konnte dagegen nicht stattgegeben werden. Dies wäre nur möglich gewesen, wenn der Senat sich auf den Standpunkt gestellt hätte, daß aus der Tatsache der Entnahme amtlicher Gelder zum privaten Gebrauch das Bewußtsein, sich eine fremde Sache rechtswidrig zuzueignen, unbedingt geschlossen werden müsse. Eine so weitgehende Ausdehnung des in RGSt. 3, 10 ausgesprochenen Grundsatzes könnte aber zu einer Erstarrung und damit zu einer Ungerechtigkeit im Einzelfall führen, die das Gesetz ebenfalls nicht gewollt haben kann. Ist grundsätzlich die Verwendung amtlicher Gelder zu eigenem Zweck objektiv Unterschlagung, so sind doch auch in der Rspr. Fälle veröffentlicht, in denen der Grundsatz eine Aus-

---

Zu 14. Daß Veruntreuung fremder Gelder oft vor den Strafrichter kommt, ist leider begreiflich. Weniger begreiflich ist, daß sie so häufig zur Entsch. eines RevG. führt. Denn unstreitig sollte folgendes sein: 1. Tatbestandmäßig ist sie Unterschlagung; 2. war der Eigentümer mit der „Zueignung" einverstanden, so fehlt der Tatbestandsverwirklichung die Rechtswidrigkeit; 3. hat der Täter ein solches Einverständnis irrig angenommen, so fehlte ihm der Vorsatz. Schwierigkeiten liegen hier auf einem Gebiet, das dem RevR. verschlossen ist, auf dem Gebiet der Beweiswürdigung und der Tatsachenfeststellung. War wirklich der Eigentümer einverstanden (z. B. mit vorübergehender Entnahme aus der verwalteten Kasse, mit Umwechseln)? Wenn nein: hat der Täter es irrig angenommen? Wie immer in derart typischen Fällen, haben sich hier Lebensregeln herausgebildet. Man schließt von der nachträglichen Zustimmung auf die Einwilligung und namentlich von der Ersatzfähigkeit und Ersatzbereitschaft auf den Irrtum. Das ist Sache des Tatrichters; er muß es nur entsprechend begründen. Der Fehler beginnt, wenn aus der tatsächlichen Vermutung unversehens eine Rechtsvermutung wird. Dann beginnt eine gesetzwidrige Erweiterung des gesetzlichen Tatbestandes, und zwar in doppelter Richtung: Zugunsten des Täters, indem Rechtfertigungsgründe oder Schuldausschließungsgründe konstruiert werden, wo in Wahrheit nur frei zu würdigende Indizien für solche vorliegen (z. B. wenn gesagt wird, nachträgliche Zustimmung beseitige die Rechtswidrigkeit; oder wenn bei Ersatzbereitschaft freigesprochen wird, ohne daß festgestellt wird, der Täter habe angenommen, bei Ersatzbereitschaft sei der Eigentümer mit der Geldentnahme einverstanden). Der Fehler zieht dann mit Notwendigkeit den umgekehrten Fehler nach sich, der den ersten korrigieren soll. Es wird (zuungunsten des Täters) dessen irrige Annahme, der Eigentümer sei einverstanden, dann für unbeachtlich erklärt, wenn er in solchem Irrtum sich nicht befinden „durfte". Auch das mag hingehen, solange im Einzelfall festgestellt wird: hier „durfte" man ein Einverständnis des Eigentümers so wenig annehmen, daß kein Mensch es angenommen hätte, also glauben wir auch dem Täter nicht, wenn er sagt, daß er es angenommen „hat". Aber was darüber ist, ist falsch. Den Schutz des § 59 schlechthin dann zu versagen, wenn der Täter nicht irren „durfte", bedeutet ein Bekenntnis zu dem Spruch: „Was nicht sein

nahme zu erleiden hatte (vgl. GoltdArch. 46, 52; JW. 1926, 2754; auch Recht 1931 Nr. 2299a und JW. 1924, 1531). Sind amtliche Gelder auch im allgemeinen nicht als „vertretbare Sachen" anzusehen, so wird doch dagegen nichts einzuwenden sein, daß der Gerichtsvollzieher solche Gelder zur vorübergehenden Verwahrung auf sein dienstliches Postscheckkonto einbezahlt, wodurch an die Stelle des dem Staat oder den Auftraggeber gehörigen Geldes eine Forderung des Gerichtsvollziehers an die Post tritt. Auch wird niemand etwas dagegen haben, wenn der Gerichtsvollzieher über die eingegangenen Geldzeichen durch Umwechseln mit gleichwertigen verfügt. Schließlich wäre das Bewußtsein rechtswidriger Zueignung auch dann zu verneinen, wenn die Entnahme zu einem so vorübergehenden Zweck und der Ersatz durch eigenes Geld so unmittelbar darauf erfolgt, daß gewissermaßen mit der einen Hand gegeben, was mit der andern genommen wird. Die Rücksicht auf die Beamtendisziplin und die unbedingte Unantastbarkeit verwalteter öffentlicher Gelder verlangt die starke Betonung des von der Rspr. herausgearbeiteten, oben wiedergegebenen Grundsatzes; andererseits verlangt aber die Pflicht, Unbilligkeiten zu vermeiden, die Abwehr formalistischer Erstarrung; im Einzelfall die Grenze zu ziehen, ist Sache des Richters. Er wird dabei immer im Auge behalten müssen, daß § 350 StGB. bei aller Besonderheit den Tatbestand des § 246, also auch das Bewußtsein rechtswidriger Zueignung voraussetzt und daß dieses Bewußtsein in aller Regel nur da vorhanden sein wird, wo pflichtwidrige Unordentlichkeit in Unehrlichkeit übergegangen ist.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Urt. v. 14. Jan. 1932, SM 290/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. **Jordan**, Karlsruhe.

Berlin. **II. Strafrechtliche Nebengesetze.**

15. §§ 7, 8, 10, 41, 61, 65, 77 PrJagdO.; §§ 53, 54 StGB.; §§ 228, 229 BGB. **Schlingenstellen ist in Preußen auch gegenüber Wildschaden verursachenden wilden Kaninchen strafbar.** †)

Der Vorderrichter hat den Angekl. auf Grund der §§ 41, 77 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 3 PrJagdO. verurteilt, weil der Angekl., um seine Äcker gegen die Kaninchenplage zu schützen, dort Schlingen aufgestellt hat.

Die Rev. des Angekl. wegen Verletzung materiellen Rechts durch Nichtberücksichtigung seiner, durch die Kaninchen auf seinen Feldern bewirkte Notlage vermag keinen Erfolg zu haben. Es ist in Preußen, auch in einer derartigen Notlage, nicht gestattet, Schlingen gegen wilde Kaninchen aufzustellen aus folgenden Rechtsgründen:

Die PrJagdO. hat zunächst wegen der Wildschadenverhütung, die ausdrücklich auch die wilden Kaninchen, trotzdem dieselben keine jagdbaren Tiere i. S. der JagdO. sind, umfaßt, eine Sonderregelung getroffen. Und zwar für die Besitzer von Grundstücken, welche Teile eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks bilden oder solcher Waldenklaven, auf welchen die Jagdausübung den Eigentümern der sie umschließenden Wälder überlassen ist (OVG. 77, 407). Diesen Besitzern ist ein besonderes Schutzrecht gewährt (§§ 61, 65, 7 Abs. 5, 8, 10 JagdO.), das gem. § 2 Abs. 2 EGStGB. v. 31. Mai 1870 aufrechterhalten ist und als Sonderregelung der allgemeinen Regelung nach anerkannten Rechtsgrundsätzen vorgeht. Wenn vorliegend, was aus dem Vorderurteil nicht zu erkennen ist, derartige Grundstücke in Frage kommen, so ist nach § 61 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 JagdO. die Jagdpolizeibehörde gegebenenfalls in der Lage, gegenüber der Kaninchenplage die Genehmigung zu einer Fangweise („zu fangen") zwecks Beseitigung der Notlage zu er-

---

darf, das nicht sein kann"; es bedeutet, juristisch gesprochen, Bestrafung der **Fahrlässigkeit**, wo das Gesetz nur vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht; mindestens Aufstellung einer **Beweisregel**, wie sie das Gesetz in § 259 ganz ausnahmsweise für den Hehlervorsatz gegeben hat. Daß gerade hier, bei der irrigen Annahme einer Einwilligung, eine schwer ausrottbare Neigung zu Schuldvermutungen herrscht, hat übrigens seinen Grund sicherlich auch in der Verwandtschaft des strafrechtlichen Einwilligungsproblems mit gewissen bürgerlichrechtlichen Gedanken. Bekanntlich wird von einzelnen (z. B. **Zitelmann**: ArchZivPr. 99, 42 ff.; ähnlich v. **Hippel** II, 245) die Einwilligung des Verletzten insoweit für strafrechtlich bedeutsam erklärt, als sie nach bürgerlichem Recht gültig sein würde. Es liegt nahe, von da aus bei irriger Annahme einer Einwilligung an die Grundsätze der auftraglosen Geschäftsführung zu denken und damit auch an § 677 BGB., wo dem „wirklichen Willen" des Geschäftsherrn der „mutmaßliche" gleichgesetzt wird. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob jene bürgerlichrechtliche Fundamentierung des strafrechtlichen Einwilligungsproblems tragfähig ist. Auch wenn sie es wäre: hier wäre der Rückgriff auf § 677 BGB. verfehlt. Ein ähnlicher Fehler begegnet bisweilen beim Hausfriedensbruch, indem dem wirklich entgegenstehenden Willen des Hausberechtigten der vom Täter „zu vermutende" gleichgesetzt wird (so auch die mit Recht angefochtene RGSt. 12, 132). Alles dies ist eine Verwischung der Grenze zwischen einer sauberen juristischen Auslegung des gesetzlichen Tatbestands auf der einen und der tatsächlichen Feststellung seiner Verwirklichung auf der anderen Seite; einer Grenze, die nicht einer pedantischen Systematik zuliebe, sondern deshalb streng eingehalten werden muß, weil man sonst unweigerlich zu Schuldpräsumtionen kommt. — Die Aufgabe des **Revisionsrichters** kann hier nur sein, auf die Beachtung dieser Grenze zu dringen; zu wehren also sowohl einer Gleichsetzung der Ersatzbereitschaft mit der Einwilligung wie auf der anderen Seite einer Verflüchtigung der Vorsatzgrenze, sich dabei aber aller Beweiswürdigungen zu enthalten. So betrachtet ist das obige Urt. des OLG. nicht ganz unbedenklich. Es sagt mit Recht, „daß § 350 den Tatbestand des § 246, also auch das Bewußtsein rechtswidriger Zueignung voraussetzt". Der größte Teil des Urt. besteht aber aus Erwägungen, wann dies Bewußtsein angenommen werden dürfe, wobei, im Widerspruch zu jener durchaus richtigen Gleichsetzung, ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der einfachen und der Amtsunterschlagung gemacht wird. Für die einfache Unterschlagung wird gesagt, der Eigentümer werde, wenn der Täter zum Ersatz willens und jederzeit in der Lage sei, im allgemeinen nichts einzuwenden haben, „mindestens dürfe (?) der Täter das annehmen und sei, wenn er sich irre, durch § 59 geschützt"; wogegen „der Verwalter öffentlicher Gelder die Einwilligung nur unter ganz besonderen Umständen annehmen kann", z. B. „wenn die Entnahme zu einem so vorübergehenden Zweck und der Ersatz durch eigenes Geld so unmittelbar darauf erfolgt, daß gewissermaßen mit der einen Hand gegeben, was mit der anderen genommen wird". Das sind Erwägungen, zu denen ein Tatrichter Anlaß haben kann; die aber im Urt. eines RevG. als Rechtsnormauslegungen wirken und dann falsch sind. Es kommt nicht darauf an, was der Täter **annehmen darf**, sondern darauf, was er **angenommen hat**. Das gilt für die einfache wie für die Amtsunterschlagung; denn auch bei dieser ist Fahrlässigkeit nicht strafbar. Freilich pflegen Amtsinstruktionen über das, was ein Verwalter fremder Gelder „darf", so viel deutlicher zu sein, als private Anweisungen auf diesem Gebiet, daß der Tatrichter dem amtlichen Kassenverwalter nicht so leicht **glauben** wird, wie dem privaten, wenn er sich mit Irrtum entschuldigt. Es kann aber auch einmal umgekehrt liegen! Jedenfalls: einen grundsätzlichen Unterschied gibt es ebensowenig, wie es die oben wiedergegebenen Sätze als „Rechtssätze" gibt, die, was den amtlichen Kassenverwalter betrifft, auch nicht ganz unbedenklich sein würden. Der Tatrichter soll „formalistische Erstarrung" vermeiden. In diesem Sinne, aber auch nur in ihm, d. h. als unverbindliche Hinweise, sind jene „Beispiele" beachtenswert.

Es liegt nahe, im Anschluß hieran auf eine interessante **neue Lehre** einzugehen: **Die bewußte Gleichsetzung der „mutmaßlichen" mit der wirklichen Einwilligung** als Rechtfertigungsgrund (so **Mezger**, Strafrecht § 29). Sie ist herausgewachsen aus seinen Untersuchungen über „Subjektive Unrechtselemente" (GerS. 89, 288 ff.). Ich bin vorläufig von der Richtigkeit dieser Gedankengänge nicht überzeugt; nicht einmal von ihrer Ungefährlichkeit. Soweit sie aus der bürgerlichrechtlichen Fundamentierung des Einwilligungsproblems (**Zitelmann**) stammen, erledigen sie sich mit deren Ablehnung; treffend darüber bereits **Hegler**: ZStW. 36, 42 f. Auch bei **Mezger** münden sie in jene Wege ein, obwohl er den bürgerlichrechtlichen Ausgangspunkt mit Recht für falsch hält. Jedenfalls aber ist, was bei **Mezger** nicht deutlich wird, jene Gleichsetzung höchstens dann diskutabel, wenn die Tatbestandshandlung dem „wahren Wohl" des formal Verletzten entspricht (so **Hegler**); ähnlich das „Handeln im Interesse des Verletzten": so im Anschluß an v. **Lilienthal** (ZStW. 20, 440 f.), dessen Priorität oft vergessen wird, heute viele. Aber um diese vielleicht diskutablen Fälle handelt es sich hier nicht; nicht um objektiv mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, sondern um die irrige Annahme einer wirklichen Einwilligung als Schuldausschließungsgrund (weshalb auch RGSt. 61, 256 nicht herangezogen werden darf); m. a. W.: um eine Verwischung der Grenze zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld (so auch **Frank** vor § 51 III a. E.) und in der Weiterwirkung um bedenkliche Schuldvermutungen.

Prof. Dr. **Kohlrausch**, Berlin.

Zu 15. Wildkaninchen sind in Preußen nicht jagdbar, doch ist ihr Fang — wie jener der jagdbaren Tiere — durch Schlingenstellen verboten, deshalb ist diese Art der Selbsthilfe „auf jeden Fall widerrechtlich". Frettieren zum Schutz des Pachtlandes mußte aus der Zahl der Abwehrmaßregeln ausscheiden, weil auf dem Acker Baue nicht vorhanden waren und der Bekl. nicht Kaninchen durch Frettieren erbeuten, sondern nur die Früchte seines Feldes schützen wollte. Da das Kaninchen nicht jagdbar ist, ist die Selbsthilfe durch Nachstellen kein Jagdvergehen. Jedermann darf ihnen außer durch Schlingen nachstellen, also auch durch Gift (**Görcke**, Preuß. JagdO., 1920, § 41 Anm. 13). Der Angekl. hätte vergiftete Mohrrüben auslegen können, in Brandenburg wäre hierzu die schriftliche Genehmigung des Jagdberechtigten nötig gewesen. Er hätte auch sein Pachtland durch Verwittern der Grenze, z. B. mit Rohkresol, schützen können (vgl. **Ströse**, Kaninchenplage, Neudamm 1915, S. 41—45) oder schließlich den Jagdberechtigten zu stärkerem Abschuß der Kaninchen auffordern können, so daß bei Ablehnung § 61 JagdO. hätte in Kraft treten können.

Geh. RegR. Prof. Dr. **Eckstein**, Eberswalde.

teilen. Hierunter fällt aber nicht das Schlingenstellen, das auch hier gem. § 41 JagdO. verboten bleibt (Bauer, Die JagdO., 5. Aufl. 1928, S. 355; v. Brauchitsch, Preuß. VerwGes. Bd. II, 21. Aufl., S. 663, Anm. 1 zu § 61; Delius, Jagdrecht, I, 1930, S. 199).

Handelt es sich vorliegend aber um die weitere Möglichkeit, daß die Grundstücke, die der Angekl. anscheinend pachtweise in Besitz hat, zu einem eigenen Jagdbezirk i. S. der JagdO. gehören (Bauer a. a. O.; Delius a. a. O.), so ist auch in diesem Falle das gem. § 41 JagdO. allgemein verbotene Schlingenstellen auch gegenüber wilden Kaninchen nicht durch die Notlage des Angekl. gerechtfertigt. Abgesehen davon, daß das RG. in ständiger Rspr. (RGSt. 34, 295 [297]; 36, 230 [236]) Notwehr (§ 53 StGB. [Notstand nach § 54 StGB. kommt rechtlich nicht in Frage]) gegenüber Tieren verneint hat (a. M. allerdings u. a. Frank, LpzKomm., Olshausen), so fehlt auch das Merkmal der Erforderlichkeit gerade dieses Verteidigungsmittels (RGSt. 54, 196) (Töten durch Schlingenstellen; demgegenüber: Verscheuchen, Frettieren, Abschießen usw., gegebenenfalls mit Genehmigung des Jagdberechtigten bzw. der zuständigen Polizei- bzw. Jagdpolizeibehörde). Im übrigen ist der Geschädigte im wesentlichen auf vertragliche Regelung bzw. einen Schadensersatzanspruch angewiesen (OVG. 77, 407 [409]; Bauer a. a. O.; Delius a. a. O.). § 228 BGB. i. Verb. m. Art. 69 EGBGB. scheidet aus, weil zur Gefahrabwendung nicht das Töten der Kaninchen durch Schlingenfang erforderlich ist (RGSt. 34, 297), abgesehen davon, ob wilde Kaninchen überhaupt als „fremde Sachen" rechtlich angesehen werden können. § 229 BGB. scheidet aus, weil ein Anspruch i. S. dieser Bestimmung und seine Verwirklichung nicht in Frage kommt (KG. 1 S 149/28).

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 12. Jan. 1932, 1 S 748/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Stienen, Berlin.

*

16. § 10 II 17 ALR.; § 14 PrPolVerwG. Eine PolVO. kann nicht mit rechtswirksamer Strafandrohung vorschreiben, daß in Ställen die Standbreite für jede Kuh mindestens 1,25 m betragen muß. †)

Die PolVO. des RegPräs. in N. betreffend Milchhandel bestimmt im § 2, der die Überschrift trägt: „II. Bestimmungen über Stallungen und Kühe innerhalb des Geltungsgebietes der PolVO.", daß die Standbreite für jede Kuh, deren Milch ganz oder teilweise verkauft wird oder zum Verkauf bestimmt ist, mindestens eine Breite von 1,25 m betragen muß (§ 2 A Abs. 1, B Abs. 3). Der Vorderrichter hat den Angekl., bei dem er eine Kuhaufstellung von je nur 1,18 m Standbreite feststellt, freigesprochen, weil diese Best. der PolVO. der Rechtswirksamkeit entbehre. Der hiergegen sich richtenden Rev. der StA. muß der Erfolg versagt bleiben.

Das KG. hat in ständiger Rspr. dargelegt, daß das Recht der Polizeibehörden auf Grund des PolVerwG. v. 11. März 1850 — jetzt des preuß. PolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77) — PolVO. zu erlassen, begrenzt wird durch die Best. des § 10 II 17 ALR. — jetzt des § 14 PolVerwG. v. 1. Juni 1931. Danach ist es Aufgabe der Polizei, solche der Gesamtheit oder den einzelnen drohenden Gefahren abzuwenden, durch welche die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung gestört wird. Zur Gefahrabwehr in diesem Sinne gehört vor allem alles nicht, was zur Wohlfahrtspflege rechnet. Hinsichtlich des Tierschutzes bestehen dabei bereits die reichsrechtlichen Best. der Viehseuchengesetzgebung; der Tierquälerei tritt die reichsrechtliche Vorschr. des § 360 Ziff. 18 (vgl. auch § 366 Ziff. 7) StGB. entgegen. Darüber hinausgehende Vorschr. dienen der Wohlfahrtspflege und nicht mehr der Gefahrabwehr im hervorgehobenen Sinne der Gesetze. Das KG. hat daher in ständiger Rspr. ausgeführt, daß die Polizei nicht berechtigt ist, derartige Vorschr. wie vorliegend, im Wege der PolVO. zu treffen (vgl. KGJ. 16, 484; 23, C 55; 24, C 90; 28, C 68; DJZ. 1902, 534; 1906, 882; 1 S 1016/11; vgl. ferner Friedrichs, PolG., 1911, Anm. 15, 16, 21 zu § 60 S. 96 ff.; Hatschek, Lehrb. d. dtsch. und preuß. VerwR., 5./6. Aufl., 1927 [Tierschutz]). Auch die Einschränkung auf solche Kühe, deren Milch verkauft wird, erfüllt nicht die Voraussetzung der notwendigen Gefahrabwehr. Es ist nicht ersichtlich, wie eine Kuhstandbreite von mindestens 1,25 m eine „nötige Anstalt", eine „notwendige Maßnahme" zur Abwehr einer, Menschen —darauf kommt es an (KGJ. 24, C 91) — mit Wahrscheinlichkeit bevorstehenden, Gefahr darstellt (vgl. auch Drews, Polizeirecht, 1929, S. 8 ff.).

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 1. Dez. 1931, 1 S 670/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Stienen, Berlin.

*

17. Zur Natur des Jagdrechts. Überleitung einer Freijagd in die gebundene Jagd der JagdO.

Die Rüge der Verletzung der §§ 12 Ziff. 2, 5 und 3 HannJagdO. (Ges. v. 11. März 1859, die JagdO. enthaltend, Hann.

Zu 16. Die Entsch. vorl. Strafsache fällt in den Zeitraum, innerhalb dessen sich die Erneuerung des allgemeinen Polizeirechts vollzog. Das erste Urt. ist v. 26. Sept. 1931 — am 1. Okt. 1931 tritt das neue PolVerwG. in Kraft —, am 1. Dez. 1931 entscheidet das RevG. (§§ 313, 334 StPO.). Es fragt sich, ob nicht die Rev. schon deshalb zurückgewiesen werden mußte, weil sich das vom KG. zugrunde gelegte Polizeiverordnungsrecht zwischenzeitlich geändert hatte.

§ 76 PolVerwG. bestimmt mit Wirkung v. 1. Okt. 1931, daß in den bei dem Inkrafttreten des neuen PolVerwG. in Geltung befindlichen PolVO. der Ober-, Regierungspräsidenten u. a. m. die Strafdrohung aufgehoben werde und die PolVO. statt dessen den Zusatz erhielten: „Für jeden Fall der Nichtbefolgung dieser PolVO. wird hiermit die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe bis zu 150 ℳ, im Nichtbeitreibungsfalle die Festsetzung von Zwangshaft bis zu zwei Wochen angedroht." § 76 PolVerwG. kommt auch hier in Betracht, da es sich um die PolVO. eines RegPräs. handelt, die „auf Grund des PolVerwG. v. 11. März 1850" (wohl eher auf Grund des § 137 Abs. 2 LVG. [vgl. Stier-Somlo, Sammlung preuß. Gesetze, 5. Aufl., S. 104, Anm. 2]) und damit in Begleitung einer Strafdrohung erging. Strafe i. S. des § 137 Abs. 2 LVG., wie heute i. S. des § 33 Abs. 1 Satz 4 PolVerwG. (PolVO. des Ministers), und diese ersetzendes Zwangsgeld des neuen PolVerwG. sind nun derart wesensverschieden, daß die ein Zwangsgeld androhende VO. keinesfalls als Strafgesetz i. S. des § 2 Abs. 2 StGB. bezeichnet werden kann. Es ist ja auch der Ausdruck: „Zwangsgeld" gerade besonders geformt worden, „um die im Publikum bisher stark verbreitete Verwechslung von Exekutivstrafe und Kriminalstrafe zu verhindern und den ganz anders gearteten Charakter des rein polizeilichen Mittels nach außen hin klarzustellen" (Drews, Preuß. Polizeirecht, 1931, S. 85; Stier-Somlo, PolVerwG., 1932 zu § 55 und § 33 zu c). Die Beitreibung des Zwangsgeldes erfolgt im Verwaltungszwangsverfahren; der Grundsatz des ne bis in idem gilt hier nicht (vgl. Stier-Somlo zu § 55 Abs. 4). Aus allem folgt: Zur Zeit der Entsch. des RevG. war eine Strafnorm, auf welche die Verurteilung des Angekl. hätte gestützt werden können, nicht mehr da.

Nach § 2 Abs. 2 StGB. ist bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Strafgesetz anzuwenden. „Mildestes Gesetz" ist hier auch das „Nichtstrafgesetz", d. h. ein Zustand, in dem ein bestimmtes Verhalten überhaupt nicht mehr mit Strafe bedroht ist (Frank, § 2 Abs. 4). Handelte es sich also bei der Entsch. des KG. um „Aburteilung", so wäre die PolVO. des RegPräs. i. d. Fass. nach § 76 PolVerwG. als „mildestes Gesetz" mit der Folge der Zurückweisung der Rev. zu bewerten. Die Ansicht, das RevG. „urteile ab", wird mit eingehender Begründung von Lilienthal: JW. 1917, 933 vertreten; für diese Auslegung des § 2 Abs. 2 StGB. setzt sich ebenfalls v. Bar ein (Gesetz und Schuld, I, 92 ff.). Die neueren Erläuterungsbücher lassen eine entschiedene Stellungnahme zur Streitfrage vermissen (vgl. z. B. Ebermayer, § 2 Abs. 6). Die gegenwärtig vorwiegende Meinung sieht die Tätigkeit des RevG. im Gegensatz zu der des „Tatrichters" und läßt nur die Entsch. des letzteren als „Aburteilung" gelten. Diese Ansicht legt auch das KG. zugrunde.

Nur für diejenigen, die in der Entsch. des RevG. keine „Aburteilung" sehen, vor allem also auch für das KG., konnte die von diesem aufgeworfene Frage nach der Rechtsbeständigkeit der angewandten PolVO. entstehen. Die bei Erörterung dieser Frage erfolgte Abgrenzung von „Wohlfahrtspflege" und „Gefahrenabwehr" ist althergebrachtes Gemeingut (vgl. insbes. Drews S. 9; Schäfer-Wichards-Wille S. 45; Wichards: JW. 1932, 359). Zur Wohlfahrtspflege gehört alles, „was i. S. der VO. v. 26. Dez. 1808 über die" „Erhaltung dessen, was schon da ist", „hinausgeht" (Drews S. 9). Auch darin, daß Tierschutz nicht zur Gefahrenabwehr des § 14 PolVerwG. gehört, ist dem KG. beizupflichten. Mit den Gründen der KGEntsch. ist davon auszugehen, daß die VO. des RegPräs. ausschließlich auf das Wohl der Tiere und nicht gleichzeitig, wenn auch nur mittelbar — etwa zur Erhaltung der in den Tieren verkörperten Sachwerte — auf das Interesse der beteiligten Personen abstellt. Darüber, daß „Tierschutz" nicht als Gefahrenabwehr i. S. des § 10 II 17 ALR. bzw. des § 14 PolVerwG. bezeichnet werden kann (vgl. außer den vom KG. selbst angeführten Entsch. noch die KGEntsch. v. 16. Jan. 1931 [MBliV. 373]). Man wird die VO. auch nicht insofern als Maßnahme zur „Gefahrenabwehr" werten können, als sie die Verletzung der Ordnungsnormen verhüten will, die bei der Allgemeinheit hinsichtlich der Tierbehandlung bestehen (vgl. über Ordnungsnormen Drews, 1929, S. 12 ff.; Grüttner, Preuß. Polizeirecht, Frage 14). Für diesen Gesichtspunkt ist angesichts der bereits vom KG. hervorgehobenen erschöpfenden Regelung durch das Reichsrecht (§§ 360 Ziff. 13, 366 Ziff. 7 StGB.) kein Raum mehr.

Von ganz besonderem Werte ist es, daß das KG. sich von Anfang an zu der Auffassung bekennt, daß sich trotz des veränderten Wortlauts der einschlägigen Gesetzesstellen der materielle Polizeibegriff nicht geändert hat. Es tritt dadurch der den Landtagsverhandlungen zugrunde liegenden Auffassung über das Verhältnis des alten zum neuen allgemeinen Polizeirecht bei. Nur so war es möglich, die bisherige Rspr. des KG. zu § 10 II 17 ALR. auf den § 14 PolVerwG. vollinhaltlich zu übertragen (vgl. Drews S. 8; Stier-Somlo zu § 14 PolVerwG.).

RA. Dr. Edwin Bruno Grüttner, Köln.

GS. I, 159) i. Verb. m. § 292 StGB. ist nicht gerechtfertigt. Auch der erk. Sen. ist der Rechtsauffassung, daß die frühere, gewohnheitsrechtlich begründete, beschränkte Freijagd im Kirchspiel O. nicht mehr besteht.

Die Best. der HannJagdO. v. 11. März 1859 stehen noch heute in Geltung; sie sind gem. ihrem § 1 an die Stelle der „wegfallenden“ §§ 4—16, 30 JagdG. v. 29. Juli 1850 (Hann. GS. I, 103) getreten, das durch Art. 69 EGBGB. im übrigen aufrechterhalten ist. Im § 1 dies. Ges. wird für Hannover das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufgehoben und im § 3 bestimmt: „Jedem Grundeigentümer . . . steht das Jagdrecht auf eigenen Grund und Boden zu. Abs. 2: Die Ausübung desselben richtet sich nach den folgenden Best.“ d. h. also jetzt, nach denen der JagdO. v. 11. März 1859 (Hann. GS. I, 159).

. . .

Nach diesen gesetzl. Best. richtet sich auch die sog. Freijagd im hann. Hochland Hadeln (vgl. hierüber u. a. Stelling, Das heutige Gewohnheitsrecht der freien Pürsch in der Provinz Hannover, 1897, besonders S. 11 ff., 88 ff., 104 ff.; Stelling, Die HannJagdG. 1930, insbes. S. 410 ff., 423 ff., 435 ff.).

Das Freijagdrecht erstreckt sich für jeden Berechtigten auf das gesamte Hochland Hadeln; beschränkt sich also nicht etwa nur auf das einzelne Eigentümergrundstück oder das einzelne Kirchspiel (vgl. Stelling, Pürsch S. 30; Gesetze S. 425).

Der Vorderrichter hat nun tatsächlich ohne erkennbaren Rechtsirrtum und daher für das RevG. bindend festgestellt (§ 337 StPO.), daß die Angekl. an sich — als dementsprechender Grundstückseigentümer bzw. als Haussohn im Kirchspiel O. — Freijagdberechtigte im Hochland Hadeln sind. Sie haben am 1. Okt. 1930 in der Feldmark O., die ein Teil der früheren Feldmark O. darstellt, auf Hasen gemeinsam gejagt. Tags vorher hatten sie von einer öffentl. Bek. des Landrats Kenntnis genommen, wonach das OLG. die Verpachtung der Feldmarksjagd in den früheren Gemeinden O. als rechtmäßig festgestellt habe, und danach dort die bisherige Freijagd aufgehoben sei. Gleichwohl gingen die Angekl. am folgenden Tag auf die Jagd in O.

Am 23. Aug. 1928 haben die zur Freijagd Berechtigten der Feldmark O. — sämtliche Berechtigte waren hierzu einzeln ordnungsgemäß geladen worden —, und zwar auf Stimmenmehrheit der Erschienenen, die Stimme nach der Größe des Grundbesitzes berechnet, beschlossen, zum 1. Sept. 1928 die Freijagd für die Feldmark O. aufzuheben. Am gleichen Tage haben die Grundeigentümer dieser Feldmark, die ebenfalls sämtlich hierzu ordnungsgemäß geladen waren, in gleicher Abstimmungsart beschlossen, die Feldmarksjagd zu verpachten. Der zu diesem Zweck alsdann gewählte Jagdvorstand verpachtete am 1. Sept. 1928 die Feldmarksjagd O. mit Ausschluß der Eigenjagdbezirke.

Hierdurch ist für die Feldmark O. die alte Freijagd endgültig erloschen.

Es bedurfte hierzu insbes. nicht eines Beschlusses, zu dessen Herbeiführung sämtliche im ganzen Hochland Hadeln Freijagdberechtigte eingeladen waren und mitgewirkt hatten. Die gegenteilige, in einem Urt. des KG. v. 8. Jan. 1891 für das Land Wursten vertretene (von Stelling, Pürsch S. 105 mitgeteilte) Auffassung kann nicht aufrechterhalten bleiben. Diese Entsch. stützt sich im wesentlichen auf den Wortlaut lediglich des § 5 HannJagdO., den auch die RevBegr. in der Hauptsache ihren Ausführungen zugrunde legt. Hierbei findet aber die in erster Linie maßgebende Best. des § 12 JagdO. nicht die notwendige Beachtung. „Ausnahmsweise“ wird hier nämlich eine andere Benutzung der „Feldmarksjagd“ als durch Verpachtung oder eigene Jäger, nämlich die Freijagd gestattet. Im Abs. 2 wird dann ausdrücklich die Möglichkeit der Überleitung der Jagdverhältnisse in den Regelzustand der JagdO. dahin geregelt, daß das gem. § 5 JagdO., also durch die dort vorgesehene Stimmenmehrheit der beteiligten und erschienenen Grundeigentümer, erfolgen könne — aber das ist das Wesentliche der Best. — „für jede einzelne Feldmark“. Diese Einschränkung hat nicht nur räumliche, sondern auch persönliche Bedeutung, zumal ja das Jagdrecht mit dem Grundeigentum verbunden ist. Es ist damit nicht nur zugelassen, daß bei Überleitung der Jagdverhältnisse in den Regelzustand der JagdO. nicht etwa das gesamte Hochland Hadeln nur als solches verpachtet oder durch Jäger für Rechnung der Beteiligten beschlossen werden muß, sondern daß — der Normalzustand — die einzelne Feldmark des Freijagdlandes in derselben Art wie alle anderen Feldmarkjagden Gegenstand der Verpachtung usw. werden kann. Das ist aber nur möglich, wenn hierüber die Freijagdberechtigten der einzelnen Feldmark bzw. die beteiligten Grundeigentümer der Feldmark (also unter Ausschluß der Eigenjagdberechtigten) entsprechend den Best. der JagdO. über die Art der Bejahung beschließen. Kann, wie niemand bestreitet, räumlich der Übergang in den Regelzustand ohne die Gesamtheit (Hochland Hadeln) erfolgen, so muß das gleiche bei der Natur des Jagdrechtes auch persönlich gelten. Das Ges. läßt aus seiner ganzen Fassung die Absicht deutlich erkennen, die Überleitung aus dem Ausnahmezustand in den Regelzustand der JagdO. zu erleichtern und zu ermöglichen. Wäre dem nicht so, so hätte das Ges. diese doch bewußt erfolgte Einschränkung auf die einzelne Feldmark nicht derart getroffen. Im Abs. 1 Ziff. 2 des § 12 spricht es dementsprechend auch von „den Feldmarken“ und im Abs. 2 von „jeder einzelnen Feldmark“. Es fehlt daher an jeder ausreichenden gesetzl. Grundlage dafür, daß die Aufhebung der Freijagd in der einzelnen Feldmark an die Zustimmung der Freijagdberechtigten des ganzen Landes (Hochland Hadeln) gebunden sei; das hätte ausdrücklich geschehen müssen; jedenfalls hätte dann das Ges. nicht diese Fassung des § 12 Abs. 2 JagdO. wählen können, in dem nicht nur von jeder Feldmark gesprochen wird, sondern zweckverstärkend von „jeder einzelnen Feldmark“. Dementsprechend ist z. B. auch schon seit langem in dem anderen Teile des Landes Hadeln, den sog. Sietland durch Mehrheitsbeschlüsse der beteiligten Grundeigentümer je in den einzelnen Kirchspielen die Freijagd aufgehoben und die Feldmarksjagd verpachtet worden (vgl. Stelling, Pürsch S. 31 ff., besonders S. 38).

Der in § 12 Abs. 2 JagdO. durch den dort absichtlich gewählten Wortlaut danach vorgesehene Rechtsmodus wird der Tendenz der JagdO. gegenüber den „ausnahmsweise“ zugelassenen anderen Nutzungsarten der Feldmarksjagd allein gerecht.

Dabei kann der Senat im vorl. Falle dahingestellt lassen, ob immer zunächst ein ausdrücklicher Beschluß der freijagdberechtigten Grundeigentümer der einzelnen Feldmark über die Aufhebung der Freijagd notwendig ist, oder ob schon ein Beschluß der sämtlichen Grundeigentümer der Feldmark — mit Ausnahme natürlich der Inhaber von Eigenjagdbezirken — über künftige Handhabung der Jagd in der Feldmark (Verpachtung, Beschießung durch eigene Jäger, Ruhen) allein genügt, da ja im wesentlichen die Beteiligten bei der in § 5 JagdO. vorgesehenen Abstimmungsart nach der Größe des Grundbesitzes die gleichen sein werden. Im vorl. Falle liegen nämlich beide Beschlüsse vor, gegen deren ordnungsmäßiges Zustandekommen Bedenken nicht bestehen. An der rechtsgültigen Aufhebung der Freijagd in der Feldmark O. bestehen daher keine Zweifel.

Die Angekl., die als Osterbrucher nach dem alten Freijagdgewohnheitsrecht im ganzen Hochland an sich jagen konnten, durften daher in der Feldmark O. seit dem Beginn der Verpachtung, der mit der Aufhebung der Freijagd zeitlich zusammenfiel, nicht mehr jagen. Es gibt dort keine Freijagd mehr, und das hat zugleich die rechtl. Folge, daß die Feldmark aus der Freijagd des Hochlandes Hadeln in jeder Beziehung ausgeschieden ist. Die früheren Freijagdsberechtigten der Feldmark O. dürfen weder in dieser Feldmark, noch auch in dem übrigen Hochland der Freijagd nachgehen. Ebensowenig dürfen die übrigen Freijagdberechtigten des Hochlandes jetzt noch in der Feldmark O. jagen, da hier das Freijagdrecht rechtsgültig und endgültig aufgehoben ist.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 18. Aug. 1931, 1 S 355/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Stienen, Berlin.

*

18. §§ 6, 139e GewO. Zur „Fischerei“ i. S. des § 6 GewO. gehört auch der Handel mit selbstgefangenen Fischen in dem üblichen Umfang.

Unter Fischerei i. S. § 6 GewO. kann nicht allein der Fischfang verstanden werden. Mag auch das PrFischG. sich im wesentlichen nur mit dem Fischfang und der Fischzucht befassen, so versteht doch § 6 GewO. unter dem Fischereigewerbe den ganzen Umfang der Erwerbstätigkeit des Fischers und stellt diese in Gegensatz zu den übrigen, in der GewO. geregelten Gewerbebetrieben. Zur Fischerei als Erwerbstätigkeit gehört aber als notwendiger Bestandteil auch der Absatz der gefangenen oder gezüchteten Fische; ohne deren gewerbsmäßigen Verkauf sind Fischfang oder Fischzucht als Erwerbszweige nicht zu denken. Die Verkaufstätigkeit des Angekl. ist daher den Zeitbeschränkungen des § 139e GewO. nicht unterworfen.

(KG., 3. StrSen., Urt. v. 21. Dez. 1931, 3 S 527/31.)

Mitgeteilt von RA. Wolfgang Egger, Crossen a. d. O.

*

Dresden.

19. §§ 14, 16, 147 Ziff. 2, 148 Ziff. 1 GewO.; § 54 StGB. Das Schlachten selbstgezüchteten Viehs durch den Landwirt stellt nur dann einen Nebenbetrieb der Landwirtschaft dar, wenn diese die hauptsächliche Grundlage bleibt und sich die Schlachtungen und die sich anschließende Verwertung des Fleisches der Art, dem Zwecke und dem Umfange nach als in der Landwirtschaft üblich darstellen. Schlachtet der Landwirt das Vieh, anstatt es lebend zu verkaufen, weil die für das lebende Vieh zu erzielenden Preise die Zuchtkosten nicht decken, so kommt ein Nebenbetrieb der Landwirtschaft nicht in Frage. Ebenso kann von einem Notstand keine Rede sein. — Gewerbsmäßig handelt auch der, der die betr. Erwerbstätigkeit nur unter gewissen Voraussetzungen und nicht auf unbegrenzte Dauer aus-

übben will. § 15 Sächs. AusfO. z. SchlachtStG. setzt nicht das Vorliegen eines der GewO. entfallenden Gewerbes voraus. †)

Den Angekl. ist zur Last gelegt, teils als Besitzer eigener Landwirtschaften, teils als Landgutpächter durch Schlachten mehrerer in ihren landwirtschaftlichen Betrieben selbst gezüchteter oder selbst gemästeter Schweine und durch Verpfunden des gewonnenen Fleisches und der daraus hergestellten Waren unmittelbar an Verbraucher ein stehendes Gewerbe begonnen und das Viehschlachten gewerbsmäßig betrieben zu haben, und dabei durch Nichteinholung der behördlichen Genehmigung und durch Nichtanzeige des Gewerbebetriebes sowie durch Nichtanmeldung der Schlachträume den §§ 16, 147 Abs. 1 Ziff. 2, 14, 148 Abs. 1 Ziff. 1 GewO. sowie § 15 SächsAusfVO. v. 1. Aug. 1923 (GBl. 254) zum SächsSchlachtStG. und § 377 — jetzt § 413 — RAbgO. zuwidergehandelt zu haben.

Die StrK. hat die Angekl. freigesprochen, weil die Verpfundung der selbst geschlachteten Schweine nicht über den Rahmen eines landwirtschaftlichen Nebenbetriebes hinausgegangen und die Schlachtungen auch nicht gewerbsmäßig betrieben worden seien.

Die Auffassung der StrK., die in dem Urt. des OLG. Celle: JW. 1928, 2481[16] eine Stütze findet, vermag der erk. Sen., der dabei allerdings zum Teil vom 1. StrSen. (1 OSt[a] 84/27) abweicht, nicht beizutreten.

Nach der im Schrifttum und in der Rspr. herrschenden Auffassung stellt der Betrieb der Landwirtschaft als solcher allerdings keinen gewerblichen Betrieb dar. Er ist deshalb, ebenso wie die Viehzucht, die in § 6 GewO. ausdrücklich hervorgehoben ist, den Best. der GewO. nicht unterworfen. Das gleiche hat auch für die mit der Landwirtschaft verbundenen gewerblichen Nebenbetriebe, z. B. für Brauereien, Brennereien, Molkereien, Käsereien usw., zu gelten, sofern ihr Betrieb ausschließlich oder doch in der Hauptsache und vorzugsweise auf die Bearbeitung und Verarbeitung der im eigenen landwirtschaftlichen Betriebe gewonnenen Erzeugnisse beschränkt bleibt. Erst wenn derartige Betriebe sich in einer Form vollziehen, bei der die Landwirtschaft oder die Viehzucht nicht mehr ihre ausschließliche oder hauptsächliche Grundlage bildet, treten sie aus dem Rahmen der gewerblichen Nebenbetriebe heraus und nehmen trotz ihres bis zu einem gewissen Grade fortdauernden Zusammenhanges mit dem landwirtschaftlichen Hauptbetriebe die Eigenschaft selbständiger Gewerbebetriebe an, die als solche den Best. der GewO. unterliegen (vgl. RG. 1, 265; RGSt. 18, 371; 22, 288; 36, 305). Ein nicht unter die GewO. fallender Nebenbetrieb ist aber ferner nach der herrschenden Auffassung nur dann anzunehmen, wenn dieser Betrieb seiner Art, seinem Zweck und seinem Umfang nach in der Landwirtschaft **üblich** ist. Ein selbständiges, mit der Landwirtschaft nicht mehr zusammenhängendes Gewerbe ist daher auch dann gegeben, wenn bei der Be- oder Verarbeitung der im eigenen landwirtschaftlichen Betrieb gewonnenen Erzeugnisse **das Maß dieser Üblichkeit**, das nach Zeit und Ort verschieden sein kann, **überschritten** wird, es sei denn, daß die Überschreitung dieses Maßes in ganz besonderen außergewöhnlichen Umständen ihren Grund findet. Diese Gesichtspunkte sind auch für die Beurteilung von Fällen maßgebend, in denen der Landwirt in der eigenen Landwirtschaft gezüchtetes oder herangemästetes Vieh zwecks gewinnbringender Weiterveräußerung des gewonnenen Fleisches unmittelbar an die Verbraucher selbst schlachtet oder schlachten läßt. Im allgemeinen liegt es auch heute noch nicht im Wesen der Landwirtschaft, daß der Landwirt sein selbst gezüchtetes oder herangemästetes Vieh zu diesem Zweck selbst schlachtet. Der Landwirt züchtet und mästet vielmehr auch heute noch sein Vieh in der Regel nur zur Veräußerung in lebendem Zustand. Das eigene Schlachten zum Zwecke gewinnbringender Veräußerung des Fleisches und der daraus hergestellten Waren kann daher, weil an sich der Landwirtschaft fremd, im **allgemeinen nicht als ihr gewerblicher Nebenbetrieb** angesehen werden. Das Schlachten zu diesem Zwecke ist vielmehr Sache des Fleischereigewerbes. Geschieht es durch den Landwirt selbst, so kann es nur **ausnahmsweise**, und zwar nur dann als gewerblicher Nebenbetrieb der Landwirtschaft angesehen werden, wenn außergewöhnliche mit der Züchtung und Mästung des Viehes unmittelbar zusammenhängende Umstände diese Art der Verwertung **notwendig** machen, wenn also beispielsweise eine Notschlachtung erforderlich ist, oder wenn ein Stück Vieh zwecks Verhinderung der Verbreitung einer Seuche geschlachtet werden muß. Die in der allgemeinen Marktlage begründete Möglichkeit, das Vieh auf diese Weise nutzbringender verwerten zu können als durch Lebendverkauf, kann als ein **solcher besonderer Umstand nicht** angesehen werden. Das eigene Schlachten durch den Landwirt stellt sich daher nicht mehr als ein gewerblicher Nebenbetrieb der Landwirtschaft dar, wenn es geschieht, weil diese Art der Verwendung des Viehs rentabler ist als der Lebendverkauf. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Landwirt den durch das Verpfunden des geschlachteten Viehs erzielten Erlös restlos seinem landwirtschaftlichen Betriebe zuführt. Schreitet der Landwirt auch nur in Zeiten, in denen er selbst schwer um seine Existenz zu kämpfen hat und in denen die Nachfrage nach Schweinen gering ist und infolgedessen die für lebendes Vieh gebotenen Preise so niedrig sind, daß sie nicht einmal mehr die Kosten der Zucht und der Mästung decken, dazu, sein Vieh selbst zu schlachten und zu verpfunden, um sich vor Schaden zu bewahren, so zeigt diese Erscheinungsform eben nur, daß er sich zur Zeit in einer sehr schwierigen wirtschaftlichen Lage befindet. Sie beweist aber nicht, daß sie eine aus den wirtschaftlichen Aufgaben der Landwirtschaft selbst sich ergebende Betätigungsform wäre (vgl. DJZ. 1930, 238). Der Landwirt, der sein Vieh, statt es zu sehr niedrigen Preisen zu verkaufen, schlachtet und selbst verpfundet, hat, worauf **Stier-Somlo**: JW. 1928, 2481[16] zutreffend hinweist, keine neue Wirtschaftsform gesucht, sondern eine nicht mehr zur Urproduktion gehörende gewerbliche Tätigkeit entfaltet. Er hat gehandelt in Ausnutzung einer sich darbietenden besseren Verwertungsmöglichkeit.

Rechtlichen Bedenken begegnet auch die Annahme, daß die Angekl. **nicht gewerbsmäßig** gehandelt hätten. **Gewerbsmäßig** handelt auch der, der in der Ansicht, sich eine Einnahmequelle zu verschaffen, die betreffende Erwerbstätigkeit nur unter gewissen Voraussetzungen und nicht auf unbegrenzte Dauer, sondern auf eine durch Beziehung auf andere Verhältnisse oder Umstände bestimmte Zeit ausüben will (vgl. RGSt. 58, 20; RegerEntsch. 16, 117; RG. 93, 224). Festgestelltermaßen haben die Angekl. mindestens zweimal, Februar bis Juli, Schlachtungen vorgenommen. Zum Teil haben sie diese Schlachtungen erst wieder aufgeben wollen, wenn der Lebendverkauf wieder zu einem Preise möglich sei, der die Unkosten decke.

Der Umstand, daß die Angekl. die Schlachtungen in den Wirtschaftsräumen haben vornehmen lassen, die sich gerade am besten dazu eigneten, würde der Annahme einer Schlächterei nicht entgegen-

---

Zu 19. Die Entsch. hält sich im Rahmen der herrschenden Rspr. und würde zu einer weiteren Erörterung keinen Anlaß geben, wenn nicht das Problem sichtbar wäre, inwieweit die zeitigen Veränderungen der Wirtschaftsverhältnisse Einfluß auf die Rspr. ausüben (vgl. **Drucker**, DRZ. 1932, 87). Die Wirtschaftsformen in der Landwirtschaft sind im Fluß und bedingt durch die katastrophale Lage, aus der man keinen Ausweg findet. Wie auf allen Gebieten bahnt sich auch hier der Weg ins Freie durch Selbsthilfe. Der Landmann vermeidet den sonst üblichen Verkauf von Schlachtvieh an den Händler zu Schleuderpreisen dadurch, daß er selbst schlachtet und die dem Zwischenhandel und Schlächter zufallende Verdienstspanne sich selbst sichert. Mag hierbei die sonst übliche Arbeitsteilung im Wirtschaftsprozeß aufgegeben werden, so ist das neue Verfahren — ökonomisch betrachtet — gewiß einleuchtend. Es hat auch umgekehrte Abläufe gegeben: während der Bauer früher die im Wege der Urproduktion gewonnene Milch selbst abgesetzt und verarbeitet hat (Butter), führte die weitere Entwicklung zu einer Ablieferung der Milch an die Meiereien (meist auf genossenschaftlicher Grundlage), während neuerdings — genau wie bei der Schlachtung — auch hier der Rückschlag zur Selbstverarbeitung und zum Selbstvertrieb eingetreten ist. Die Frage, inwieweit die über die Urproduktion hinausgehende Verarbeitung und der Vertrieb selbständiger Gewerbebetrieb oder landwirtschaftlicher Nebenbetrieb ist, wird in der GewO. selbst nicht gelöst, vielmehr wird es als selbstverständlich angesehen, daß die Landwirtschaft überhaupt nicht zum Gewerbe gerechnet wird. Die anfängliche Entwicklung der Rspr. (RG. 1, 267) ließ gar keinen Zweifel, daß ein gewerbsmäßiger Nebenbetrieb, bei dem es sich um selbsterzeugte Rohstoffe handelt, nur als landwirtschaftlicher Betrieb angesehen werden muß. Die Einschränkung, daß dies nur gilt, wenn das Maß des „üblichen“ nicht überschritten wird, war das Ergebnis der späteren Rechtsentwicklung, die sich bis heute erhalten hat und auch in obiger Entsch. vertreten wird. Der erste Abkehrversuch findet sich in OLG. Celle: JW. 1928, 2486; dagegen Anm. **Stier-Somlo**); diese Entsch. spricht klar aus, daß auf die in bewegten Zeiten veränderten Wirtschaftsformen Rücksicht genommen werden muß. Dem liegt der richtige Gedanke zugrunde, daß die bisherige ständ. Rspr. sich gebildet hat auf dem Boden einer normalen Zeit und verhältnismäßig fest fundierter landwirtschaftlicher Betriebsformen. Auf dieser Grundlage läßt sich mit dem Begriff der „Üblichkeit“ praktisch arbeiten, solange der Vergleich des Tun des einzelnen mit dem Tun aller durchführbar ist. In wirtschaftlich schwankenden Zeiten wird der dynamische Begriff des „üblichen“ immer unverwendbarer, da sich das allgemeine Tun von heute auf morgen ändert und ferner die schwer lösbare Feststellung zu treffen ist, wann eine Entwicklung soweit vorgeschritten ist, daß das Merkmal des allgemeinen Tuns einer Masse gegeben ist; diese Frage kann selbstverständlich ihre Lösung nur auf dem Gebiet der Tatsachenermittlung finden. Es erscheint aber nicht ungerechtfertigt, daß eine den heutigen Verhältnissen dienende Rspr. das frühere Erfordernis des „üblichen Maßes“ aufgibt und auf den RG. 1, 267 festgelegten Ausgangspunkt zurückkehrt; der schwer ringenden Landwirtschaft würde damit in diesem Fall geholfen werden. Der von **Drucker** befürchtete „Kotau der Rspr. vor der Wirtschaft“ findet hier nicht statt, da die Wandlung der Rechtsanschauungen den Boden des Gesetzes nicht verläßt.

RA. **Paul Jessen**, Kiel.

stehen. Denn unter einer „Schlächterei“ i. S. des § 16 GewO. sind nicht bloß besonders eingerichtete Schlachthäuser zu verstehen, sondern auch jede auf eine gewisse Dauer, jedenfalls nicht nur vorübergehend zum Schlachten benutzte Räumlichkeit. Errichtet wird eine Schlächtereianlage auch von dem, der andere bereits vorhandene Räume oder den Hof eines Grundstücks zum Schlachten verwendet.

Auf das Vorliegen eines Notstandes zur Erhaltung ihrer landwirtschaftlichen Betriebe würden sich die Angekl. nicht berufen können. Denn ebenso wie bei dem Notstand des § 54 StGB. ist bei dem sog. übergesetzlichen Notstand Voraussetzung für den Wegfall der Rechtswidrigkeit, daß die Gefahr für das höhere Rechtsgut nicht auf andere Weise beseitigt werden kann als durch Begehung der strafbaren Handlung. Davon kann im vorl. Falle ebensowenig die Rede sein wie, daß die Angekl. bei pflichtmäßiger Abwägung dieser irrigen Meinung gewesen seien.

In der neuen Hauptverhandlung wird zu beachten sein, daß die Anwendung des § 147 Ziff. 2 die von § 148 Ziff. 1 GewO. schon nach dem Wortlaut ausschließt, und daß bei Anwendung von § 147 Abs. 1 GewO. für die gleiche Handlung nicht außerdem noch auf eine Steuerstrafe erkannt werden kann (§ 147 Abs. 2 GewO.), während umgekehrt die Bestrafung aus § 148 Abs. 1 GewO. ausgeschlossen ist, wenn die strafbare Handlung zugleich eine Zuwiderhandlung gegen die Steuergesetze enthält (§ 148 Abs. 2 GewO.).

Ferner wird die StrK. erneut die Anwendbarkeit des § 15 SächsAusfVO. z. SchlachtStG. zu prüfen haben (vgl. hierzu § 13 i. d. Fass. v. 23. Sept. 1931 (GBl. 199) und § 16 Abs. 1 AusfVO. vom gleichen Tage (GBl. 202). Dabei wird zu beachten sein, daß § 15 — jetzt § 16 — AusfVO. den gewerbsmäßigen Betrieb des Viehschlachtens nicht in dem Sinne voraussetzt, daß eine gewerbsmäßige Verwendung des Fleisches durch Beginn eines der GewO. unterliegenden Gewerbebetriebs beabsichtigt sein müsse. Der Gesetzgeber hat den Begriff „Gewerbebetrieb“ in dieser Vorschr. in einem weiteren Sinne als in der GewO. ausgelegt wissen wollen. Nach dieser Vorschr. betreibt also auch derjenige das Gewerbe des Viehschlachtens, der, ohne damit ein unter die GewO. fallendes Gewerbe zu betreiben, durch wiederholtes Schlachten von Vieh und den Verkauf des hierbei gewonnenen Fleisches unmittelbar an die Verbraucher eine fortlaufende Einnahmequelle sich verschaffen will.

(OLG. Dresden, Urt. v. 22. Dez. 1931, 2 OSt 278/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Hamm.

20. Eine Gärtnerei ist nur dann dem Gewerbe hinzuzurechnen, wenn sie nicht oder nicht in der Hauptsache auf die Hervorbringung organischer Naturprodukte, sondern auf die Verarbeitung und Veräußerung solcher Produkte gerichtet ist. †)

Die StrK. geht von der Auffassung aus, daß der feldmäßig betriebene Anbau von Gartenfrüchten der Landwirtschaft zuzuzählen, die Kunst- und Handelsgärtnerei hingegen als ein gewerblicher Betrieb anzusehen sei, auf den die ArbZVO. zur Anwendung komme. Diese Ansicht stützt sich auf die Rspr. des RArbG., welches die Intensität der Einwirkung des Menschen auf die Pflanze und nicht den Gegenstand als solchen in seiner Verbundenheit zur Natur als das Unterscheidungsmerkmal zwischen Urproduktion und gewerblicher Tätigkeit betrachtet. Das RArbG. erklärt die GewO. und demnach auch die ArbZVO. auf solche Gärtnereien für anwendbar, bei denen die naturhafte Erzeugung gegenüber der intensiven und kunstmäßigen Bearbeitung der Pflanze durch geschulte Kräfte zurücktritt (JW. 1929, 802). Die Ansicht findet eine weitere Stütze in der Rspr. des KG. (GoltdArch. 71, 31 f.) und einiger OLG., die der Meinung sind, daß mit der Neufassung des § 154 GewO. die Gärtnereien, soweit sie nicht auf rein feldmäßige Bewirtschaftung eingestellt sind, grundsätzlich den Vorschr. der GewO. unterworfen seien und daß nur die ausdrücklich unter Ziff. 4 bezeichneten Best. auf sie keine Anwendung fänden. Der Senat kann sich dieser Ansicht nicht anschließen. Bis zur Neufassung des § 154 GewO. durch die Nov. v. 28. Dez. 1908 war es einhellige Meinung, daß Gärtnereien, soweit sie nicht lediglich den Handel mit gärtnerischen Produkten zum Gegenstand hatten, nicht unter den Begriff des Gewerbes fielen. Durch die Neufassung sollte dieser Geltungsbereich der Arbeiterschutzvorschr. nicht geändert werden. Es sollte vielmehr nur zum Ausdruck kommen, daß die in § 154 Ziff. 4 bezeichneten Schutzvorschr. auf die Gärtnereien, die bisher schon der GewO. unterstanden, keine Anwendung finden sollten.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen gewerblichen und nichtgewerblichen Gärtnereien i. S. der GewO. und damit auch der ArbZVO. ist nicht in der Intensität der Bewirtschaftung, sondern in dem Objekt der beiderseitigen Tätigkeiten zu suchen. Eine Gärtnerei ist nur dann dem Gewerbe zuzurechnen, wenn sie nicht oder nicht in der Hauptsache auf die Hervorbringung organischer Naturprodukte, sondern auf die Verarbeitung und Veräußerung solcher Produkte gerichtet ist. Im ersteren Falle läßt sie sich begrifflich von der Landwirtschaft nicht unterscheiden und fällt damit als Zweig der Urproduktion, die nach einhelliger Ansicht von Rspr. und Literatur nicht dem Gewerbe zuzurechnen ist, nicht unter die GewO.

Zwischen der Landwirtschaft und der Gärtnerei, soweit es sich nicht um eine gewerbliche im engeren Sinne, die An- und Verkauf von toten Erzeugnissen betreibt, handelt, besteht lediglich ein gradueller Unterschied in der Art der Bewirtschaftung. Die Landwirtschaft hat die Erzeugung pflanzlicher Rohstoffe zum Gegenstand. Sie ist an eine bestimmte Grundfläche gebunden und abhängig von Klima, Boden, Witterungsgestaltung und der Keim- und Lebensfähigkeit der Pflanzen.

Auch die Gärtnerei ist auf die Erzeugung von Naturprodukten mit naturgegebenen Mitteln gerichtet. Wenn sie auch in weitgehendem Maße den Boden künstlich verfeinert, bewässert, düngt, erwärmt, die Pflanzen während der Keimzeit in Gewächshäusern und Glasbeeten gegen Witterungseinflüsse schützt und dazu geschultes Personal verwendet, so vermag diese Tätigkeit den Erzeugungsvorgang doch nicht völlig zu beeinflussen. Sie kann das etwa anhaltende Fehlen des Sonnenlichts nicht ersetzen, die Keimfähigkeit nicht entscheidend beeinflussen und auch Erkrankungen nicht völlig verhindern. Die Landwirtschaft verwendet in großem Umfang künstliche Düngung und Bewässerung, Maschinen und Motore, bereitet das Saatgut vor, begegnet sogar der Frostgefahr durch künstlichen Nebel usw. Trotzdem ist ihr Ergebnis wie bei der Gärtnerei abhängig von dem unberechenbaren Einfluß der Naturkräfte. Sie unterscheidet sich von der Gärtnerei mithin nur dadurch, daß die Verfeinerung der Arbeitsmethoden bei den regelmäßig weniger umfang-

---

Zu 20. Die gärtnerische Streitfrage ist so alt wie die GewO. Sie taucht auf den verschiedensten Gebieten auf, z. B. Lehrlingswesen, Kinderschutz, Gewerbeaufsicht, Versicherungspflicht, Sonntagsruhe, Schlichtungswesen, Fortbildungsschule, Koalitionsrecht, Gewerbesteuer, Landwirtschaftskammer, Tarifrecht, vor allem bei der Arbeitszeit. In den Gesetzen der neuesten Zeit, auch in den NotVO., sind die gartenwirtschaftlichen Betriebe des öfteren erwähnt und sind hier gewöhnlich den land- und forstwirtschaftlichen Betrieben gleichgestellt. Hieraus lassen sich jedoch für unsere Frage keine Folgerungen ziehen, weil der Begriff der Gärtnerei kein einheitlicher und kein für alle Rechts- und Wirtschaftsverhältnisse gleichbedeutender ist. So ist denn auch auf jedem Sondergebiete seit langem der Kampf um die Einordnung der Gärtnereien entbrannt, und er kommt seit der Revolution nicht zur Ruhe. Im Grunde genommen ist der Streit kein rechtswissenschaftlicher, sondern ein sozialpolitischer. Die Arbeitnehmer wünschen die Gärtnerei als Gewerbe behandelt zu sehen, die Arbeitgeber möchten sie der Landwirtschaft gleichsetzen. Den Standpunkt der Arbeitgeber verfechten die Schriften von Prof. Dr. Lutz Richter, „Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit von Gärtnereibetrieben zum Gewerbe“, und Dänhardt, „Die Stellung des Gartenbaues im Wirtschaftsleben und im geltenden Recht“. An deren Beweisführung schließt sich auch das vorl. Urt. an, welches in einem gewissen Gegensatz zu anderen Urt. desselben Gerichts (GewArch. 25, 140 und 28, 476) steht.

Die Gründe sind jedoch nicht überzeugend. Es ist schon nicht richtig, daß es bis zur GewONov. v. 28. Dez. 1908 einhellige Meinung gewesen wäre, daß nur diejenigen Gärtnereien, die den Handel mit gärtnerischen Produkten zum Gegenstand hatten, unter den Begriff des Gewerbes fielen; sondern auch die Kunstgärtnereien wurden von der Gesetzgebung und Rspr. dem Gewerbe zugerechnet (PrGewStG. v. 24. Juni 1891; KG.: DJZ. 1902, 29). Im Jahre 1908 wurde in § 154 GewO. die Vorschr. eingefügt, daß von den Best. im Titel VII der GewO. die §§ 135—139a auf Gärtnereien keine Anwendung finden. Ein Regierungsvertreter erklärte hierzu, daß alle hier nicht ausgeschalteten Vorschr. der GewO. auf die gewerblichen Gärtnereien Anwendung fänden. Hieraus leitet die herrschende Meinung her, daß grundsätzlich auch die Gärtnereien als Gewerbebetriebe anzusehen seien. Zu diesen gewerblichen Gärtnereien wird allgemein in Gegensatz gestellt die Feldgärtnerei oder der Gartenbau, d. h. der Feldgemüse- und Plantagenobstbau. Wenn das OLG. sagt, durch die Neufassung des § 154 Ziff. 4 hätte nur ausgesprochen werden sollen, daß die dort bezeichneten Schutzvorschr. auf diejenigen Gärtnereien, die bisher schon der GewO. unterstanden, keine Anwendung finden sollten, so wird die Lösung dadurch nicht näher gebracht; denn an einem gesetzlichen Kriterium dafür, welche Gärtnereien unter die GewO. fallen sollten und welche nicht, fehlte es eben völlig. Die Entsch. erblickt das Kennzeichen des Gewerbes in der Verarbeitung toten Materials und in Unabhängigkeit von Jahreszeit und Ort, regelmäßig auch von Witterungseinflüssen. Beides ist nicht richtig. Man kann wahrlich nicht behaupten, daß das Transport- und Beherbergungsgewerbe, das Gewerbe der Stellenvermittler, Friseure, Musiker u. dgl. auf die Verarbeitung toten Materials gerichtet sei, ebensowenig wie sich behaupten läßt, daß etwa das Gewerbe der Gastwirte, der Theater und Lichtspiele, der Bekleidungsindustrie, der Beförderungsunternehmen, das Baugewerbe und viele andere vom Wetter und von den Jahreszeiten unabhängig seien. Andererseits hat die Gärtnerei sich durch Gewächshäuser und Frühbeete, durch Handsämaschinen, durch Schatten- und Frostschutzvorrichtungen, durch maschinelle Beregnungs- und Berieselungsanlagen, durch Methoden zur Beeinflussung der Blütezeit mittels Verdunkelns, Ätherisierens, Warmbade- oder Kälteverfahrens, durch Düngung und künstliche Beleuchtung in hohem Maße von den Einflüssen der Witterung unabhängig gemacht. Es trifft auch nicht zu, daß jede auf Hervorbringung organischer Naturprodukte gerichtete gärtnerische Tätigkeit sich nicht begrifflich, sondern

reichen Gärtnereibetrieben dem Grade nach weiter ausgebildet ist. Ein begrifflicher Unterschied zwischen ihr und der Gärtnerei, der diese etwa dem Gewerbe und nur jene der Urproduktion zuwiese, ist nicht zu machen.

Das Gewerbe ist in erster Linie auf die Verarbeitung toten Materials gerichtet. Es ist abhängig von Jahreszeit und Ort, gewöhnlich auch unabhängig von Witterungseinflüssen. Das Arbeitsergebnis ist bei der Beeinflussung durch die Willensrichtung des Gewerbetreibenden, seine oder seiner Angestellten Handfertigkeit, seine maschinellen Hilfsmittel und bei der Beschaffenheit des Stoffes im voraus zu berechnen. Das ist z. B. der Fall bei Gärtnereien, die sich nicht oder nur in geringem Umfang mit der Ausnutzung des Bodens zur organischen Gewinnung von Pflanzen befassen, sondern von den Wurzeln getrennte Blumen von dritter Seite beziehen, sie zu Sträußen oder Kränzen verarbeiten und weiterveräußern, oder z. B. Rosenstöcke kaufen, sie für kurze Zeit einpflanzen und pflegen und weiterverkaufen, die also entweder lediglich totes Material bearbeiten, oder bei denen die Verarbeitung und Veräußerung lebender Produkte die organische Gewinnung derselben überwiegt.

(OLG. Hamm, FerStrSen., Urt. v. 22. Aug. 1931, 2 S 290/31.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Rohr, Münster i. W.

*

Königsberg.

21. §§ 14 Abs. 1, 148 Abs. 1 GewO. Verkauf von Fleischwaren durch einen Landwirt in Markthallen ist landwirtschaftlicher Nebenbetrieb.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 14. Jan. 1932, S 570/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

---

graduell in der Art der Bewirtschaftung von der Landwirtschaft unterscheide. Man denke z. B. an solche Gärtner, die sich mit dem Ankauf ausländischer, hier nicht vorkommender Pflanzensamen oder Pflanzenerzeugnisse befassen und diese in Kübeln oder Töpfen mit käuflich erworbener, für diese Pflanzen notwendiger Erde in besonders temperierten Gewächshäusern großziehen und kultivieren. Die Landwirtschaft ist auf Hervorbringung verhältnismäßig weniger pflanzlicher Rohstoffe zu Ernährungszwecken auf naturgewachsenem Boden in großem Umfang gerichtet und bearbeitet nicht die einzelnen Pflanzen, sondern nur den Grund und Boden im ganzen, ohne in der Zeit zwischen der Aussaat und der Ernte einen nennenswerten Einfluß auf das Wachstum der Pflanzen ausüben zu können, und kann diese Tätigkeit im wesentlichen mit Arbeitern ohne besonders qualifizierte Schulung sowie ohne besondere künstliche Anlagen zur Züchtung und Veredelung der Pflanzen ausführen. Der wesentliche Unterschied gegenüber der Gärtnerei leuchtet ein, wenn man nur deren zahlreiche Unterarten in folgender Zusammenstellung bedenkt: Baumschule, Obstgärtnerei, Handelsrebschule, Obst-, Wein- und Fruchttreiberei, Freiland-Gemüsegärtnerei, Gemüsetreiberei in Frühbeeten und Gewächshäusern, Samenzüchterei, Freiland-Blumengärtnerei, Blumentreiberei, Pflanzengärtnerei, Topfpflanzen-, Schnittblumen-, Landschafts-, Dekorations-, Friedhofsgärtnerei, Blumen- und Kranzbinderei, Blumen-, Pflanzen-, Samenhandel i. Verb. m. Gärtnerei oder Vertrieb gärtnerischer Erzeugnisse. Daher wird von der herrschenden Meinung das begriffliche Unterscheidungsmerkmal in der Intensität der Einwirkung des Menschen auf die Pflanzen, in der Veredelungstätigkeit, der Haltung vorwiegend geschulten Personals, in der Art der Pflanzen und der Landbestellung, in der Verwendung künstlicher Anlagen zur Züchtung und Veredelung und in ähnlichen Indizien gesehen.

Unter Berücksichtigung dieser und anderer Merkmale, z. B. der technischen Vorbildung und Betriebsführung des Unternehmers, Buchführung, Bezeichnung des Unternehmens, Lehrlingshaltung u. dgl., wird für die einzelnen Rechtsgebiete die Entsch. der Frage nach dem Zweck des Ges. zu treffen sein. Bei der ArbZVO. ist eine ausdehnende Auslegung deshalb am Platze, weil ihr Charakter als soziales Schutzgesetz dies erfordert und weil sie nach ihrem Wortlaut weitgehend „alle gewerblichen Betriebe" umfassen will, wobei sie ausdrücklich noch den Bergbau einbezieht, welcher doch ebenfalls auf Gewinnung von Naturprodukten gerichtet ist, sowie ferner die landwirtschaftlichen Betriebe gewerblicher Art.

Weiteres Material enthalten: KG.: GoltdArch. 71, 31; GewArch. 14, 323; 23, 591; 24, 122; 26, 343; sowie die Urt. 1 S 137/26 und 3 S 499/29; BayObLG.: GewArch. 22, 584 (im Gegensatz zu GewArch. 20, 373 = JW. 1921, 347); OLG. Dresden: GewArch. 12, 104, 540; OLG. Kiel: ebenda 13, 688; OLG. Karlsruhe: JW. 1922, 110 = GewArch. 21, 369; Oldenb. Min.: GewArch. 15, 356; RArbG. 4, 97 (JW. 1929, 802); 5, 495 sowie die LGUrt.: GewArch. 20, 372 u. 527. Ferner Reinhold, „Die Gärtnerei als Objekt der Gesetzgebung"; ders., „Ist Gärtnerei Gewerbe oder Landwirtschaft?"; Potthoff, „Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit in der Gärtnerei"; Landmann-Rohmer, GewO., 8. Aufl., I S. 46; Schmoelders, RVerwBl. 28, 580, 855; Walkhoff, „Soziale Praxis" 1928 Sp. 1080 und die Anm. in der JW. zu den genannten Entsch. Im Sinne obigen Urt. HansOLG.: GewArch. 28, 149 und OLG. Breslau: GoltdArch. 74, 149.

RA. Dr. Sokolowski-Mirels, Berlin.

Landgerichte.

Tilsit.

1. § 482, 195 BGB. Zusicherung einer Eigenschaft oder Garantievertrag. †)

Der Kl. hat nur den Tauschvertrag mit dem Bekl. deshalb abgeschlossen, weil dieser ihm für die Gesundheit der Kuh garantierte. Unter diesen Umständen bedeutet aber die Zusicherung, die Kuh sei gesund, dafür werde garantiert, nicht lediglich eine beim Viehhandel übliche Zusicherung, sondern eine über die Vorschr. des § 482 BGB. hinausgehende Verpflichtung.

Aus diesem Garantievertrag ist der Bekl. für sämtl. Mängel verhaftet, soweit sie eine gute Milchleistung der Kuh beeinträchtigen und bei Gefahrübergang vorhanden waren. Daß die Nierenkrankheit, die bei der eingetauschten Kuh festgestellt und die nach dem Gutachten des Sachverständigen bereits zur Zeit des Tausches vorhanden gewesen ist, die Milchleistung beeinträchtigte, steht fest; die Kuh mußte sogar notgeschlachtet werden.

Aus dem Garantievertrage hat der Bekl. dem Kl. dessen gesamte Interesse wegen Fehlens der garantierten Eigenschaft zu ersetzen, d. i. die Erstattung des von dem Kl. für die Kuh geleisteten Gegenwertes.

(LG. Tilsit, 4. ZK., Urt. v. 8. Okt. 1931, 2 S 190/31.)

Mitgeteilt von Bürovorsteher Renat, Kaukehmen.

Amtsgerichte.

Chemnitz.

1. § 550 BGB. Die Anbringung von Wahlpropagandaschildern durch Wohnungsmieter an der Außenwand des Mietshauses stellt einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietssache dar.

(AG. Chemnitz, Beschl. v. 9. März 1932, I C Ar 11/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Lossow, Chemnitz.

Zu 1. Dieses Urteil ist nicht zutreffend. Nach dem mir vorl. Tatbestand des amtsgerichtl. Urt. tauschten die Streitteile Tiere. Während der Tauschverhandlungen erklärte der Kl. dem Bekl., daß er die Kuh zur Milchnutzung eintauschen wolle und diese daher gesund sein müsse. Der Bekl. erwiderte darauf, daß er für die Gesundheit der Kuh garantiere. In dieser Erklärung des Bekl. erblickt das LG. den Abschluß eines Garantievertrages.

Zusicherung der Gesundheit eines Tieres bedeutet rechtlich Zusicherung einer Eigenschaft desselben (RG.: JW. 1902, 239 Beil. 8; RG.: Stölzle II, 180, 181; Stölzle, Viehkauf, 6. Aufl., S. 450). Das Wesen der zugesicherten Eigenschaft besteht darin, daß das zugesicherte tatsächliche oder rechtliche Verhältnis zur Zeit des Gefahrübergangs als ein zuständliches, eine gewisse Dauer erwarten lassendes besteht. Das Tier muß deshalb im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die zugesicherte Eigenschaft haben. Es haftet also der Bekl. im konkreten Fall dafür, daß die Kuh im Zeitpunkt des Gefahrübergangs gesund war. Für mehr haftet der Bekl. als Verkäufer nicht, insbes. nicht dafür, daß die Kuh eine gute Milchkuh sei. Selbst wenn ein Tier zu einem bestimmten Gebrauchszweck verkauft wurde (Reitpferd, Wagenpferd, Zuchttier, Milchkuh), so liegt in diesem Verkauf nicht die Zusicherung des Verkäufers, daß das Tier zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch tauglich sein müsse (Stölzle, Viehkauf S. 460 und die dort. Zit., insbes. jetzt RG. 123, 147 = JW. 1929, 738).

Das Wesen des Garantievertrages besteht dagegen darin, daß das zugesicherte tatsächliche oder rechtliche Verhältnis oder ein bestimmter Erfolg für die Zukunft, also für die Zeit nach dem Kaufabschluß und Gefahrübergang bestehen, eintreten oder wegfallen solle (vgl. Stölzle, Viehkauf S. 453 ff. und die dort. Zit.).

Selbst wenn zugesichert ist: Die Kuh muß beim Käufer 12 l Milch geben, das Pferd muß beim Käufer zugfest sein, selbst in diesen Fällen wird von der Praxis kein Garantievertrag angenommen, sondern nur Zusicherung einer Eigenschaft (Stölzle S. 454 ff.). In dem konkreten Fall spricht nichts dafür, daß der Bekl. mehr zusicherte als das, daß die Kuh im Zeitpunkt des Gefahrübergangs gesund sei. Ist das richtig, dann darf man ihm nicht unterstellen, daß er auch eine Haftung übernehmen wollte für die Zeit, die nach dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges liegt. Die Richtigkeit dieser Erwägung ergibt sich nicht nur aus wirtschaftl. Gründen, denn eine so schwerwiegende und langandauernde Haftung übernimmt kein vernünftiger Verkäufer, aber auch aus rechtl. Gründen, denn der Grundsatz des Viehgewährschaftsrechtes ist kurze Haftung des Verkäufers, kurze Verjährungsfrist. Die von mir aufgestellten Grundsätze schädigen auch nicht die Interessen des Käufers, denn innerhalb der sechswöchigen Verjährungsfrist läßt sich in der Regel doch feststellen, ob ein Tier gesund oder krank war. Wenn der Kl. die sechswöchige Verjährungsfrist versäumt, dann ist er an dem Verluste seiner Rechte eben selbst schuld.

JR. Dr. Hans Stölzle †, Kempten (Allgäu).

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin, und Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

1. Anwendbarkeit des ReichsTarVertr. für das Baugewerbe auf Neu- und Erweiterungsbauten an Abzugsgräben, die keinen rein landwirtschaftl. Zweck verfolgen.†)

Die bekl. Sielacht ließ an dem durch ihren Bezirk laufenden Teil des sog. Quatschloots Reinigungs- und Erweiterungsarbeiten vornehmen.

Der Kl. verlangt für seine Tätigkeit bei diesen Arbeiten Vergütung nach dem RTarVertr. für Hoch-, Beton- und Tiefbauarbeiten v. 30. März 1929 und dem ergänzenden Bezirks-Lohn- und Arbeits-TarVertr. für das Hoch-, Beton- und Tiefbaugewerbe des Unterweser- und Emsgebiets v. 24. Mai 1929. Beide TarVertr. sind allgemeinverbindlich (RArbBl. 1929, 303 u. 397), der RTarVertr. für das Deutsche Reich, der Bezirkstarif u. a. für das hier in Frage kommende Gebiet. Grundsätzlich findet nach der (RArbG. 4, 193) Verbindlichkeitserkl. der RTarVertr. und der insoweit auf ihn Bezug nehmende BezTarVertr. auf alle gewerbl. Arbeiter im Bau- ... und Tiefbaugewerbe (einschl. der Wege-, Straßen- und Chausseebauarbeiten, ausschl. Pflasterarbeiten) Anwendung, d. h. auf Bau- ... und Tiefbauarbeiten, die von gewerbl. Arbeitern in einem Unternehmen der angef. Art oder in einem Unternehmen geleistet werden, das derartige Arbeiten zum Gegenstande seiner betriebl. Tätigkeit macht (RArbG. 1, 203; 2, 181; 3, 109[1])). Ausgenommen sind aber von der allg. Verbindlichkeit u. a. die ständigen Arbeiter der Staats- und Kommunalverwaltung, die unständigen nur insoweit, als sie nicht bei Neubauten und Erweiterungsbauten beschäftigt werden, ferner die Arbeiter der Reichswasserstraßenverw. und der preuß. Wasserbauverw. mit Ausnahme der Arbeiter, die an Neu- und Erweiterungsbauten beschäftigt werden, die im 2. und 3. Abs. der AusfBest. zu § 1 LohnTarVertr. für die Arbeiter der Reichswasserstraßenverw. v. 2. Mai 1929 bezeichnet sind. Die geplanten und z. T. durchgeführten Arbeiten sind i. S. dieser Ausnahmen Neu- und Erweiterungsbauten. Es handelte sich bei den Arbeiten nicht darum, den Quatschloot zu schlöten, d. h. ihn von Wasserpflanzen, Unrat und Rasen zu reinigen und neu zu befestigen, sondern darum, ihn um mehrere Meter zu erbreitern und ihn auf 1,60 m zu vertiefen. Das geschah in Ausführung eines größeren Planes, der die gesamten Vorflutverhältnisse anders regelte und das Binnenwasser nach Westen dem Nordener Tief zuleiten wollte, während es bisher in nördlicher Richtung dem Meere zugeleitet wurde. Es war daher eine stellenweise Verlegung und völlige Neuanlegung des Grabens vorgesehen. Der Quatschloot gehört zu den Hauptzugschlöten, die das gesamte Binnenwasser aus den Hammrichen, dem ausgedehnten Weideland und den höher gelegenen Geestdörfern sammeln und dem Meere zuführen. Sie haben eine über das landwirtschaftl. Interesse hinausgehende Bedeutung. Sie kommen allen Bewohnern der im Bereiche der bekl. Sielacht gelegenen Dörfer und auch den Grundstücken zugute, die in gewerbl. Benutzung stehen. Es handelte sich um eine das gesamte Land und alle seine Bewohner berührende Angelegenheit, die einen Teil Ostfrieslands „vital berührte“, da aus entwässerungstechnischen Gründen die Vorflut, die zu dem der Versandung ausgesetzten Neßmer Siel ging, nach Westen verlegt werden sollte. Mit Rücksicht hierauf und auf den erheblichen Umfang sind die geplanten Arbeiten nach ihrem Wirtschaftsziel und Zweck nicht als landwirtschaftliche, sondern als Tiefbauarbeiten aufzufassen. Der vorl. Fall unterscheidet sich wesentlich von RArbG.: JW. 1929, 3328. Die dort in Frage stehende Entleerung sog. Schlickschächte war eine Arbeit, die nach ihrem wirtschaftl. Ziel und Zweck nur der Landwirtschaft, der Düngung, Schaffung und Verbesserung von Weideland im Vorgelände des Deichs diente. Zwar trat dadurch mittelbar ein erhöhter Deichschutz ein, nicht aber als Zweck der Arbeiten. Diese hatten nach Dauer und Umfang das übliche Maß landwirtschaftlicher Arbeiten nicht überschritten. Sie waren auch hauptsächlich von landwirtschaftl. Arbeitern ausgeführt worden und konnten als gewerbl. Arbeiten nicht gelten. Im vorl. Fall dagegen hat die Bekl. i. S. von RArbG. v. 17. Sept. 1930, RAG 127/30 u. RArbG.: JW. 1929, 3328 Tiefbauarbeiten zum Gegenstande ihrer betrieblichen Tätigkeit gemacht (vgl. auch RArbG. 1, 203; 2, 181; 3, 109[2])).

(RArbG., Urt. v. 19. Sept. 1931, RAG 45/31. — Osnabrück.) [O.]

Zu 1. Zu RArbG. v. 15. Mai 1929: JW. 1929, 3328 hat Verf. bereits betont, daß das RArbG. die Frage, ob Erdarbeiten an Gräben, die von ungelernten Landarbeitern ausgeführt werden können, als Tiefbauarbeiten dem Baugewerbetarif mit neuen höheren Lohnsätzen zuzurechnen sind, m. R. individuell behandelt. Es scheidet vom Baugewerbetarif aus die dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft eigentümlichen und ihren Zwecken bestimmten Erdarbeiten. Gleichwohl unterstehen die der Landwirtschaft eigentümlichen und dienlichen Arbeiten dem Baugewerbetarif, wenn der Schutzzweck über den landwirtschaftl. Interessenkreis hinaus nichtlandwirtschaftl. Kreisen dienstbar wird. Wenn bei den vorl. Erdarbeiten es sich nicht allein um die übliche Grabenräumung handelt, sondern um die Vorbereitung einer anderweiten Regelung der Vorflutverhältnisse, die sogar Grabenverlegungen zur Folge hat, so ist dem Urt. zuzustimmen, wenn es auch den vorbereitenden Arbeitskomplex bereits zu den Tiefbauarbeiten zählt und den Bauarbeitertarif anwendet. Bei der Zuziehung von Landarbeitern zu den gewöhnl. Grabenräumungen kommt nie der Tiefbautarif in Frage. Sobald aber den Räumungspflichtigen von der Schaukommission andere Arbeiten, z. B. die Höherlegung einer Grabenüberbrückung, auferlegt werden, gehen diese Bauarbeiten über eine landwirtschaftliche Arbeitstätigkeit hinaus. Mit Recht prüft das RArbG. neben dem Zweck auch die Art der Arbeit. Nicht immer fallen z. B. im Gebiet der Rhinluchmeliorationsgenossenschaft des Havellands vorgenommene Grabenvertiefungen und Erweiterungen unter den Tiefbau. Es ist stets zu prüfen, ob diese Arbeiten aus dem Rahmen der mit der Grabenräumung verbundenen Uferbefestigung und insbes. aus der Reinigungspflicht der der Versandung ausgesetzten Gräben des Havelländischen Luchs herausfallen. Das Ausschöpfen von Sand, um in bestimmter Tiefe die Grabensohle freizulassen, ist keine Tiefbauarbeit. Eine Freilegung der Sohle ist keine Vertiefung, wohl aber ihre Tieferlegung über den normalen Sohlenstand hinaus. Eine Verbreiterung, die noch Uferbefestigung ist (z. B. überschwemmungen haben die Befestigung beseitigt und die Neubefestigung muß infolge Änderung des Grabenlaufes durch das Hochwasser an anderen Stellen angebracht werden, wodurch eine Verbreiterung des Grabenbettes eintritt), fällt nicht unter die Tiefbauarbeiten, wohl aber die *stellenweise planmäßige* — d. h. vorhergesehene notwendig gewordene und völlige Verlegung (D. Verf.) — *Neuanlegung* eines Grabens.

Das RArbG. paßt sich unter Heraushebung der Wirtschaftszwecke der Arbeiten gut den Belangen der beschäftigten Arbeitnehmer an.

RA. Ernst Böttger, Berlin.

[1]) JW. 1929, 2070.

[2]) JW. 1929, 2070.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[>< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

Reichsabgabenordnung.

1. § 116 NFass. (§ 96 AFass.) RAbgO. Es liegt keine Veräußerung im Sinne des § 116 RAbgO. NFass. vor, wenn beim Pachtrückfall der Verpächter die vom Pächter beschafften Betriebseinrichtungen in Gemäßheit des Pachtvertrages gegen Entgelt übernimmt.

Der BeschwF. hat sein Anwesen den Eheleuten F. zur Einrichtung und zum Betriebe eines Lichtspieltheaters pachtweise überlassen. Nach Kündigung dieses Pachtverhältnisses übernahm der BeschwF. den Kinobetrieb, wobei ihm die gesamte Kinoeinrichtung, die die Eheleute F. vereinbarungsgemäß beschafft hatten, von diesen übertragen wurde.

Die Heranziehung des BeschwF. für die Umsatzsteuerrückstände der Eheleute F. ist zu Unrecht erfolgt. Wie der Senat bereits in dem Urt. V A 64/31 v. 18. Mai 1931 (RStBl. 445) in Abweichung von seiner früheren Rspr. ausgesprochen hat, ist der Verpächter eines Unternehmens, an den das Unternehmen zurückfällt, auch dann nicht haftbar i. S. des § 96 RAbgO. a. F. (§ 116 Abs. 1 RAbgO. n. F.), wenn er den Betrieb des Pächters weiterführt. Geht nun bei einem solchen Pachtrückfall eine Betriebseinrichtung in das Eigentum des Verpächters über, so entsteht die Frage, ob wegen des Erwerbes dieser die wesentliche Voraussetzung für die Fortführung des Betriebes bildenden Einrichtung die Haftung nach § 96 RAbgO. a. F. (§ 116 Abs. 1 RAbgO. n. F.) zu bejahen sei. Gegenstand des Pachtvertrages war hier ein Lichtspieltheatergebäude des Verpächters; daß die Aufwendungen für den Umbau von den Pächtern zu tragen waren, ist ohne entscheidende Bedeutung; wirtschaftlich fand das seinen Ausgleich dadurch, daß der Pachtzins entsprechend niedriger gehalten und damit die Bausumme amortisiert wurde. Nun war zwar über eine Verpflichtung zur Anschaffung der beweglichen Betriebsgegenstände und deren Verbleib nach Pachtablauf im Pachtvertrag keine Bestimmung getroffen. Aber ihre Anschaffung durch die Pächter war nach dem Inhalt des Pachtvertrags eine selbstverständliche Notwendigkeit, und es kann angenommen werden, daß auch ihre Übernahme durch den BeschwF. für die Be-

endigung des Pachtverhältnisses als die für beide Teile zweckmäßigste Lösung von vornherein ins Auge gefaßt war und somit auf die Gestaltung des Pachtverhältnisses von Einfluß gewesen ist. Die Gestaltung entspricht der im § 587 BGB. getroffenen Regelung. Die Übernahme der Einrichtung durch den Verpächter ist die rechtliche Folge der Beendigung des Pachtverhältnisses und ebensowenig wie dieses selbst als Veräußerung i. S. des § 96 RAbgO. a. F. (§ 116 Abs. 1 RAbgO. n. F.) anzusehen.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 3. Juli 1931, V A 165/31 S.)

Einkommensteuergesetz.

2. §§ 6 Abs. 2, 12, 26 EinkStG. Zur Frage, ob Wertpapiere, die ehemals als Pachtkaution dienten, zum landwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehören. †)

Die BeschwF. — Vater und Sohn — haben gemeinsam ein Rittergut gepachtet. Sie führen Bücher. Strittig ist, ob der bei der Veräußerung von Roggenpfandbriefen erzielte Gewinn dem Einkommen aus Landwirtschaft zuzurechnen ist. Die Vorbehörden haben dies bejaht.

Nach den Feststellungen der Vorbehörden wurden die fraglichen Wertpapiere Anfang 1924 aus Betriebsmitteln beschafft und zunächst als Pachtsicherheit hinterlegt, Ende 1924 jedoch von den Verpächterinnen freigegeben. Sie wurden darauf einer Bank, die auch die sonstigen Wertpapiere verwahrte, zur Aufbewahrung übergeben, wo sie bis zum Verkauf verblieben. Die Vorbehörde entnimmt vor allem daraus, daß die Wertpapiere auch nach Freigabe als Sicherheit weiterhin in den Betriebsbüchern als „Pachtkaution" geführt wurden, den Grund, die Wertpapiere bis zu ihrer Veräußerung als Betriebsvermögen anzusprechen. Sie erachtet den Hinweis der BeschwF. darauf, daß die laufenden Erträgnisse der Wertpapiere bei der Einkommensteuer als aus Kapitalvermögen fließend erklärt und veranlagt und auch bei der Vermögensteuer die Wertpapiere als sonstiges Vermögen behandelt seien, für nicht geeignet, die Bedeutung der Buchungen zu entkräften. Eine Klarstellung, daß die BeschwF. die Pfandbriefe nunmehr als Privatvermögen betrachten wollten, sei dadurch nicht erfolgt. Wenn sie die Papiere mit Verlust verkauft hätten, würden sie sich wohl auch auf die Buchung als Betriebsvermögen berufen haben.

Die BeschwF. bestreiten das letztere. Sie sehen in den Wertpapieren, insbes. nach deren Freigabe als Kaution, lediglich Privatkapitalvermögen. In der Begründung zur Rechtsbeschwerde weisen die BeschwF. besonders darauf hin, daß die nur wesentlich weiter erfolgte buchliche Behandlung als Pachtkaution nachträglich berichtigt worden sei.

Die zu entscheidende Frage hat insofern grundsätzliche Bedeutung, als sie die Grenzlinie zwischen Betriebs- und Privatvermögen bei Landwirten betrifft. Der Senat hat deshalb vor Entsch. den Deutschen Landwirtschaftsrat unter Darlegung der wesentlichen Tatbestandsmerkmale, aber ohne Erwähnung, daß im zu entscheidenden Falle die Versteuerung eines Gewinns in Frage komme, ersucht, eine gutachtliche Äußerung zu folgenden beiden Punkten abzugeben:

1. ob buchführende Landwirte im allgemeinen geneigt sind, Vorgänge wie die Anschaffung von Wertpapieren zu Pachtkautionen mehr als den Betrieb oder mehr als das Privatvermögen ausgehend zu betrachten;
2. ob in dem vorliegend geschilderten Falle nach der Verkehrsauffassung (vgl. § 6 Abs. 2 EinkStG.) eine Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit der Roggenpfandbriefe, die, aus Betriebsmitteln erworben, als Pachtkaution und nach Rückgabe durch den Verpächter als Kreditunterlage dienten, zum Betriebsvermögen angenommen werden kann.

Nach Einholung der Stellungnahme der in dem Beirat der Betriebs- und Steuerstelle beim Deutschen Landwirtschaftsrat zusammengeschlossenen landwirtschaftlichen Organisationen (Buchstellen der Landwirtschaftskammern, des Reichslandbundes, der Gesellschaft für Howardsche Buchführung und der Deutschen Landwirtschaftsgesellschaft) hat der Deutsche Landwirtschaftsrat nachstehendes Gutachten erstattet:

„Zu 1. Der Verkehrsauffassung entspricht es, daß Wertpapiere grundsätzlich als zum Privatvermögen gehörig anzusehen sind. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Wertpapiere mit Mitteln der aus dem landwirtschaftlichen Betrieb gewonnenen Erträge angekauft werden, da der Landwirt in dieser Anlage kein Betriebskapital erblickt, sondern den Spargroschen für das Alter und das Erbteil seiner Kinder, die den Besitz nicht übernehmen. In der Landwirtschaft ist der Begriff der Ablieferungen und Zuschüsse geläufig. Ablieferungen sind die Beträge, die der Betrieb an den Besitzer abliefert und über die er dann nach freiem Ermessen verfügen kann. Die Ablieferungen können teils verbraucht, teils gespart und in Wertpapieren angelegt werden. Zuschüsse sind die Beträge, die der Landwirt aus seinen ersparten oder sonstigen Privatmitteln dem Betriebe zuführt, sei es zur Abdeckung von Schulden oder zur Substanzvermehrung. Von den landwirtschaftlichen Buchstellen werden solche Wertpapieran- und -verkäufe in der Regel über das Privatkonto verbucht. Man darf jedoch aus dieser Buchungsart nicht schließen, daß der Kursverlust bei der Aufnahme einer Pfandbriefschuld, die zur Deckung von Betriebsschulden verwendet wird, einkommensteuerrechtlich nicht abzugsfähig sei (die Abzugsfähigkeit des Kursverlustes in solchen Fällen ist ja auch durch mehrere Entsch. des RFH. anerkannt). Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, daß Wertpapiere, deren Anschaffung sich zwangsläufig aus dem Betrieb ergibt, selbstverständlich zum Betriebsvermögen gehören. Hierher gehören insbes. Aktien oder Anteile einer Zuckerfabrik, Molkerei, Trocknungsanlagen, Elektrizitätswerke (Überlandzentralen), Anteile von Ein- und Verkaufsgenossenschaften usw. Diese Vermögenswerte sind mit dem Betrieb unmittelbar verknüpft und wirken direkt auf den Reinertrag ein.

Was die Frage der Pachtkaution betrifft, so gehen die Ansichten der befragten Buchstellen auseinander. Die eine Auffassung neigt dazu, die Pachtkautionen dem Betriebsvermögen zuzurechnen. Diese Auffassung wird damit begründet, daß die Pachtkaution regelmäßig Voraussetzung für den Abschluß des Pachtvertrags sei, der Pächter mithin mit dieser Ausgabe von vornherein ebenso rechnen müsse wie mit der für die Übernahme des Inventars. Aus dieser engen Verbundenheit dieser beiden Ausgaben ergebe sich, daß die Kaution in gleicher Weise wie der Aufwand für das Inventar zum Betriebsvermögen rechne.

Demgegenüber sieht die andere von der Mehrheit der be-

Zu 2. Die Entsch. beschäftigt sich mit der praktisch sehr wichtigen Frage, unter welchen Voraussetzungen Wertpapiere, die einem Landwirt gehören, Bestandteil seines landwirtschaftlichen Betriebsvermögens sind. Dieser Frage kommt gerade heute bei der außerordentlichen Kurseinbuße in der letzten Zeit eine erhöhte Bedeutung zu; denn wenn die Wertpapiere zum Betriebsvermögen gehören, so können die Kurseinbußen über ein Erfolgskonto abgeschrieben werden. In dem Urt. v. 25. Juni 1930 waren die Wertpapiere zunächst als Pachtkaution hinterlegt. Sie dienten also zur Sicherung einer nur möglichen Forderung. Später wurden sie als Kaution freigegeben, sie wurden einer Bank zur Aufbewahrung übergeben und dienten gleichzeitig als Kreditunterlage. Auch jetzt wurden sie also zu Sicherungszwecken hinterlegt, aber sie sollten nunmehr nicht nur eine mögliche, sondern, wie man wohl unterstellen darf, eine tatsächlich vorhandene Forderung sichern. Eine rechtliche Bedeutung kommt diesem Unterschiede indessen nicht zu; denn man wird weder in dem einen noch in dem anderen Falle Wertpapiere nur um deswillen zum Betriebsvermögen rechnen dürfen, weil sie zu Sicherungszwecken verpfändet werden sind, ob sie nun eine vorhandene oder nur eine künftige Forderung sichern sollen. Früher dachte man hierüber anders. Das PrOVG. stand auf dem Standpunkt, daß eine im Gewerbebetrieb hinterlegte Kaution zum gewerblichen Betriebsvermögen gehörte (OVG. i. St. 7, 107). Diese Rspr., die naturgemäß auch auf Pachtkautionen sinngemäße Anwendung hätte finden müssen, entspricht aber nicht mehr unserer heutigen Anschauung. Sonst müßte man beispielsweise ein einem Industriellen gehöriges Wohngrundstück, welches an sich mit dem Betrieb nicht das geringste zu tun hat, allein um deswillen dem Betriebsvermögen hinzurechnen, weil der Industrielle zur Sicherung von Forderungen, die in seinem Gewerbebetrieb gegen ihn begründet sind, eine Hypothek an diesem Grundstück bestellt hat. Diese Folgerung hat man aber bisher, soweit ich übersehen kann, noch niemals gezogen. Dann kann man aber auch den Fall der Stellung einer Kaution nicht anders behandeln.

Daraus folgt indessen nicht, daß die Tatsache einer Kautionsstellung oder einer Lombardierung von Wertpapieren rechtlich bedeutungslos wäre. Sie kann nämlich sehr wohl in Verbindung mit anderen Tatsachen eine Rolle spielen. Wenn ein Landwirt ihm gehörige Wertpapiere durch seine Bücher gehen läßt, so kann hieraus allein auch nicht geschlossen werden, daß die Wertpapiere zum Betriebsvermögen gehören. Wenn aber die Papiere in der Buchführung registriert werden und die Papiere gleichzeitig als Kaution oder zu Lombardzwecken hinterlegt werden, dann wird man wohl annehmen dürfen, daß solche Papiere zum landwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehören; denn durch die Hinterlegung wird eine Verbindung zwischen dem landwirtschaftlichen Betrieb und den Wertpapieren geschaffen. Dies reicht, wie oben ausgeführt, allein nicht aus, um die Papiere als Betriebsvermögen zu stempeln. Werden sie aber auch in den Büchern geführt, so kann man hieraus wohl auf den Willen schließen, diese Wertpapiere als landwirtschaftliches Vermögen zu behandeln. Dies ist auch der Standpunkt, den der RFH. in dem obigen Urteil eingenommen hat und gegen den sich sicherlich nichts einwenden läßt.

RA. Dr. Erler, Jena.

fragten Buchstellen vertretene Auffassung in der kautionsweisen Hinterlegung von Wertpapieren einen rein privaten Vorgang, der mit der Bewirtschaftung des Betriebs in keinerlei Zusammenhang stehe. Die Pachtkautionen werden geschaffen, um dem Verpächter Sicherheit für seine Vertragsrechte zu geben, sie trete also nur in einem persönlichen Schuldverhältnis auf.

Der Deutsche Landwirtschaftsrat schließt sich der letzteren Auffassung an. Sie entspricht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung und den von den hervorragendsten Betriebswirtschaftslehrern (Laur, Grundlagen und Methoden, 2. Aufl., S. 23) vertretenen betriebswissenschaftlichen Auffassung, welche als Geldkapital nur das bare Geld (Kassenbestand) und die Forderungen ansieht. Ebensowenig wie die Zinsen aus den hinterlegten Wertpapieren mit dem landwirtschaftlichen Reinertrag etwas zu tun haben und auch nicht als Einkommen aus Landwirtschaft aufzufassen sind, ebensowenig gehört die Pachtkaution zum Betriebsvermögen. Die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen wird nur beim Vorliegen besonderer Verhältnisse anzunehmen sein.

Zu 2. Ob für den vorliegenden Fall derartige besondere Verhältnisse vorliegen, ist ohne eingehendere Kenntnis des Tatbestandes für den Deutschen Landwirtschaftsrat schwer zu beurteilen. Dem Deutschen Landwirtschaftsrat erscheint es das Richtigste, die Beurteilung des Tatbestandes auf den Willen der Pflichtigen selbst abzustellen. Dabei erscheint es nicht maßgebend, daß die Wertpapiere aus Betriebsmitteln erworben und nach Freigabe durch den Verpächter als Kreditunterlage bei einer Bank aufbewahrt sind. Wie oben zu 1 ausgeführt, sind nach der Verkehrsauffassung Wertpapiere, auch wenn sie aus freigewordenen Betriebsmitteln erworben sind, im allgemeinen dem Privatvermögen zuzurechnen und bleiben Privatvermögen auch dann, wenn sie als Kreditunterlagen benutzt werden. Ob die von dem Pächter aufgenommenen Bankkredite durch die Wertpapiere dinglich gesichert werden oder nicht, ist für die Beurteilung ohne Einfluß und lediglich nur Formsache, da die Bank sowieso nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verfügungsgewalt über die Papiere durch die Aufnahme in ihr Depot gewonnen hatte. Dagegen spricht der Umstand, daß die Papiere in der Buchführung der Steuerpflichtigen als „Kapitalwert der Pachtkaution" geführt worden sind, der sonstige, wenn auch geringfügige Effektenbestand aber nicht in den Büchern erscheint, dafür, daß der Wille der Steuerpflichtigen dahin ging, die Wertpapiere dem Betriebsvermögen zu widmen und die Pachtkaution als Betriebskapital anzusehen."

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 25. Juni 1930, VI A 799/29.)

Umsatzsteuergesetz.

3. § 1 UmsStG.; Art. 1 BayKörG. v. 13. Aug. 1910 und 31. März 1930 (GVBl. 1910, 609; 1930, 144). **In Bayern geschieht die Haltung eines Zuchtbullen durch die Gemeinde kraft Gesetzes (KörG.) im Rahmen der den Gemeinden obliegenden öffentlichen Aufgaben und ist daher umsatzsteuerfrei.** †)

In Bayern ist durch das Körgesetz v. 13. Aug. 1910 und 31. März 1930 (BayGVBl. 1910, 609; 1930, 144) in Art. 1 bestimmt, daß in Gemeinden, in denen Rinderzucht oder Schweinezucht betrieben wird, die Sorge für die Haltung der erforderlichen Bullen und Eber der Gemeinde obliegt. Die Haltung von Zuchttieren ist in Bayern den Gemeinden danach durch Gesetz als Teil der ihnen obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben zugewiesen. Die Regelung weicht damit ab von der beispielsweise für die preuß. Provinzen Schlesien und Hessen-Nassau durch das preuß. Ges. v. 19. Aug. 1897 (GS. 393) getroffenen Regelung, bei der die Gemeinden nur ergänzend einzutreten haben, wenn nicht genügend private Halter von Zuchttieren vorhanden sind (RFH. v. 11. Febr. 1927, V A 893/26). Auf Grund der Vorschr. des BayKörG. haben die Vorinstanzen daher mit Recht angenommen, „daß die Leistungsempfänger (Tierhalter) kraft Gesetzes zur Annahme der gemeindlichen Leistung (Deckgeschäft)" gezwungen sind und daß auf der anderen Seite die Gemeinde gesetzlich zur Haltung der Zuchttiere verpflichtet ist. Rechtsirrtümlich ist aber die Auffassung des FinGer., daß durch die gesetzliche Regelung, weil die Bullenhaltung auch Gegenstand einer privaten Erwerbstätigkeit sein könnte, den Gemeinden lediglich eine „Monopolstellung" eingeräumt sei, so daß eine Umsatzsteuerpflicht der Gemeinde für die aus der Bullenhaltung erzielten Entgelte bestehen würde. Das FinGer. verkennt die Begriffe des Staatshoheitsakts und des Monopols. Unter Monopol ist eine Vorzugsstellung im Tauschverkehr zu verstehen, die zugunsten des Inhabers des Monopols bei der Veräußerung oder bei dem Erwerb von Gütern fremden Wettbewerb beschränkt oder ausschließt (Hans Goldschmidt: Handwörterbuch der Rechtswissenschaften von Stier-Somlo und Elster Bd. IV S. 117). Der Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Bevorzugung war aber für das bayer. Ges. nicht maßgebend. Hier sollte im allgemeinen (öffentlichen) Interesse den Gemeinden die Aufgabe der Haltung von Zuchttieren zugewiesen werden, um damit die Erhaltung und Förderung eines gesunden Tierbestandes sicherzustellen. Im Rahmen der Gesetze sind Reich und Länder berechtigt, den Kreis der Aufgaben zu umschreiben, die sie als hoheitsrechtliche ansehen wollen. Daß dieser Kreis hier gesprengt wäre, ist nicht ersichtlich. Der Annahme, daß die Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben vorliegt, steht auch nicht entgegen, daß nach Art. 2 BayKörG. die Gemeinde die Bullenhaltung auch Privatpersonen vertraglich übertragen kann. Grundsätzlich ist es den öffentlichen Körperschaften überlassen, in welcher Form sie die ihnen obliegenden Aufgaben erfüllen wollen.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 11. Dez. 1931, V A 796/31 S.)

Zu 3. Das Reich und die sonstigen öffentlich-rechtlichen Verbände sind mit den Eingängen aus gewerblicher oder beruflicher Tätigkeit steuerpflichtig, dagegen steuerfrei mit den Einnahmen aus obrigkeitlicher Tätigkeit. In RFH. 13, 221 hat der RFH. die Eingänge einer Gemeinde an Kurtaxe als Entgelte aus gewerblicher Tätigkeit für umsatzsteuerpflichtig erklärt, auch sonst hat er den Kreis der Umsatzsteuerpflicht der öffentlich-rechtlichen Verbände sehr weit gezogen. Diese Rspr. ist stark angegriffen worden, Bühler (JW. 1929, 2130) hat sogar die erwähnte Entsch. betr. die Kurtaxen als „Gipfel der Verirrung" bezeichnet (vgl. die Bespr. des Verf. zu RFH. v. 24. Juli 1931, V A 350/30 S. (Die Entsch. wird demnächst abgedr. werden. D. S.) Dieser Kritik ist durch die obige zutreffende Entsch. Rechnung getragen.

RA. Dr. Meinhold Nußbaum, Nürnberg.

*

4. § 1 Nr. 1 UmsStG. **Wenn eine Eierverwertungsgenossenschaft Eier, die sie von ihren Mitgliedern bezieht, vor der Weiterlieferung an ihren Abnehmer sortiert, durchleuchtet, nach Farbe und Gewicht zusammenstellt und verpackt, so gehen diese Handlungen über den Rahmen der Beförderung hinaus.**

Die beschwerdeführende Genossenschaft übernimmt von ihren Mitgliedern Eier gegen Bezahlung nach dem Gewicht. Sie liefert die Eier weiter und vereinnahmt dafür den Erlös nach gewissen Abzügen. Danach liegen jedenfalls mehrere Umsätze i. S. von § 1 Nr. 1 UmsStG. vor, und die BeschwF. ist daran als Unternehmerin i. S. von § 7 beteiligt. Ihr Einwand, daß sie die Eier lediglich bei ihren Mitgliedern sammele und für deren Rechnung den Verkauf lediglich vermittle, ist unbehelflich, da wesentlich ist, daß die Mitglieder dem Lieferungsempfänger gegenüber gar nicht in die Erscheinung treten, ihm gegenüber nicht selbst Lieferer sind.

Die BeschwF. erlangt den unmittelbaren Besitz an den Eiern. Ihr Anspruch auf Steuerbefreiung nach § 7 UmsStG., weil sie den Besitz an den Eiern nur zur Beförderung erlange und übertrage, ist unbegründet. Das FinGer. hat für den Senat bindend festgestellt, daß die BeschwF. vertragsmäßig verpflichtet ist, die Eier zu liefern. Selbst wenn aber, wie die BeschwF. will, Vorverkauf anzunehmen wäre, würde § 7 UmsStG. nicht anwendbar sein. Es steht fest, daß die BeschwF. die Eier erst dann weiterliefert, wenn sie die Eier sortiert, durchleuchtet, die Sendungen nach Farbe und Gewicht der Eier zusammengestellt und in Kisten verpackt hat. Jedenfalls sind diese Handlungen nicht solche, die lediglich der Beförderung dienen, was sich schon daraus ergibt, daß ein Frachtführer, dem nur diese obliegt, die Handlungen, insbes. auch das Durchleuchten der Eier, selbst wenn es bloß die Feststellung ihrer Unverdorbenheit bezweckt, das Sortieren und Zusammenstellen nach Farbe und Gewicht nicht vorzunehmen hätte. Auch nach der eigenen Darstellung der BeschwF., daß sie damit die Eier erst verkaufsmöglich machen und der Stelle, der sie zu feststehenden Lieferungsbedingungen zu leisten habe, ihre Arbeit erleichtern wolle, geht hervor, daß jene Maßnahmen über den Rahmen der Beförderung hinausgehen. Damit aber ist die Anwendung des § 7 ausgeschlossen.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 26. Sept. 1931, V A 262/31, RFH. 29, 240.)

*

5. §§ 1 Nr. 1, 3 Nr. 3 UmsStG. **Verkauft eine Stadtgemeinde nicht nur gelegentlich Grundstücke, so sind diese Verkäufe regelmäßig Ausfluß einer nachhaltigen gewerblichen Tätigkeit und auch dann steuerpflichtig, wenn einzelne Verkäufe an gemeinnützige Unternehmen erfolgen.** †)

Die Stadtgemeinde hat in der Zeit v. 1. Jan. 1924 bis 31. März 1927 etwa 30 Grundstücksverkäufe an verschiedene Erwerber getätigt und ist wegen der vereinnahmten Entgelte zur UmsSt. herangezogen worden. Der Einspruch hatte keinen Erfolg. Auch die Berufung wurde als unbegründet zurückgewiesen.

In der RBesch. erkennt die BeschwF. entgegen ihrem früheren Bestreiten an, daß sie bei den Grundstücksverkäufen nicht in Aus-

Zu 5. Die Entsch. enthält Rechtsgedanken, die der ständ. Rspr. des RFH. eigen sind.

1. Wenn eine Gemeinde sich am gewerblichen Verkehr beteiligt — und die systematische Veräußerung von Grundstücken hat mit der Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse in der Regel nicht das geringste zu tun —, so kann sie nicht deshalb Gemeinnützigkeit

übung öffentlich-rechtlicher Gewalt tätig geworden ist. Die BeschwF. bestreitet aber wie vorher, daß der Verkauf von Grundstücken bei ihr als gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Umsatzsteuerrechts angesehen werden könne, unter Hervorhebung des Grundes, daß die Nachhaltigkeit fehle. Im übrigen wird wiederholt geltend gemacht, daß der BeschwF. die vom FinGer. abgelehnte Steuerbefreiung aus § 3 Nr. 3 UmsStG. zustehe.

Da in § 1 Nr. 1 UmsStG. entgeltliche Lieferungen und Leistungen besteuert werden, bedarf es für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit, innerhalb deren sie erfolgt sein müssen, im wesentlichen nicht mehr, als daß die Tätigkeit auf Erzielung von Einnahmen gerichtet ist und über das Eigenleben des Leistenden hinausgeht. Bei einer öffentlichen Körperschaft wie einer Gemeinde trifft dies regelmäßig bei jeder entgeltlichen Tätigkeit zu, die nicht unter die Ausübung der öffentlichen Gewalt fällt. Mit dieser Einschränkung ist daher auch ihre Verwaltungstätigkeit in den Bereich der Umsatzbesteuerung einzubeziehen. Da die Grundstücksverkäufe im vorliegenden Falle nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgten, gehören sie zur Gemeindewirtschaft. Mit ihnen beteiligte sich aber die Gemeinde auch am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehre. Die Verkäufe sind daher Ausfluß gewerblicher Tätigkeit wie bei dem privaten Grundstückshändler. Auch soweit die Verkäufe in Erfüllung öffentlicher Verpflichtungen, mögen sie auch auf Gesetz beruhen, erfolgten, steht dieser Umstand nach § 1 Nr. 1 Satz 2 UmsStG. der Auffassung des Senats nicht entgegen (vgl. RFH. 4, 92). Nachhaltig ist die Tätigkeit, wenn sie nicht nur gelegentlich, sondern fortgesetzt oder in Fortsetzungsabsicht ausgeübt wird. Das kann bei den Grundstücksverkäufen der BeschwF. nach ihrer Zahl und dem sich über 3¼ Jahre erstreckenden Zeitraum füglich nicht bezweifelt werden.

Daß der Anerkennung der Gemeinnützigkeit des Unternehmens nach § 3 Nr. 3 UmsStG. schon das Fehlen der Ausschließlichkeit entgegensteht, hat das FinGer. bereits zutreffend hervorgehoben. Der ständ. Rspr. des Senats entspricht es, daß Umsätze nicht deshalb gemeinnützig sind, weil sie von einem öffentlichen Gemeinwesen, sei es auch im öffentlichen Interesse, getätigt werden.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 9. Mai 1930, V A 671/30 S.)

*

6. §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 2 UmsStG.; § 9 RAbgO. n. F. Das jährliche Entgelt, das bei der Verpachtung von Domänen der Pächter für die Überlassung des „eisernen Inventars" zu zahlen hat, ist auch dann umsatzsteuerpflichtig, wenn im Pachtvertrage das „eiserne Inventar" mit einem bestimmten Kapitalbetrage angesetzt und das Entgelt als Zins von diesem Kapitalbetrage berechnet worden ist.

Das Landesdomänenamt Br. ist für das Haushaltsjahr vom 1. April 1928 bis 31. März 1929 mit den von ihm vereinnahmten sog. Inventarzinsen — d. h. den Beiträgen, die bei der Verpachtung der Staats- und Klosterdomänen auf Grund der über das „eiserne Inventar" getroffenen Abmachungen von den Pächtern zu zahlen sind — zur UmsSt. veranlagt worden. Der Einspruch des StPfl. war erfolglos. Dagegen hat ihn das FinGer. steuerfrei gestellt, indem es sich seiner Auffassung angeschlossen hat, daß es sich bei den streitigen Zinsen lediglich um Zinsen für ein dem Pächter gewährtes Darlehen handele und daher Steuerfreiheit nach § 2 Ziff. 2 UmsStG. Platz greifen müsse.

Es ist dem FinGer. zuzugeben, daß, bürgerlich-rechtlich gesehen, nach den verschiedenen jurist. Konstruktionen, die das Domänenamt in den letzten dreißig Jahren bei Abschluß der hier in Frage stehenden Verträge angewandt hat, von Darlehen und Darlehnszinsen gesprochen werden kann. Diese rein rechtliche Beurteilung kann indessen für die Entsch. der Frage der Umsatzsteuerpflicht nicht ausschlaggebend sein. Der vom Großen Senat des RFH. (RFH. 15, 282) aufgestellte Satz: „Gleiche wirtschaftliche Vorgänge unterliegen ausnahmslos derselben steuerrechtlichen Behandlung, in welche äußere Rechtsform sie sich infolge der Entwicklung der Verhältnisse auch kleiden", hat für den vorl. Fall besondere Bedeutung. Zunächst einmal ist zu berücksichtigen, daß nach dem Inhalt der Domänenvertr. seit dem Inkrafttreten des BGB. die jurist. Form der Überlassung des „eisernen Inventars" dreimal gewechselt hat, obwohl es sich um den gleichen wirtschaftlichen Vorgang handelt. Ferner fällt aber entscheidend ins Gewicht, daß die Überlassung von Inventar bei Pachtvertr. eine über ganz Deutschland verbreitete wirtschaftliche Tatsache ist. Es besteht daher kein Grund, diesen Vorgang bei den Pachtvertr. der Domänenkammer Br. für die UmsSt. anders zu behandeln, als bei sonstigen Pachtvertr. Dafür, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Mitverpachtung von Inventar in Br. anders lägen, als im übrigen Deutschland, sind keine Anhaltspunkte gegeben. Bei dieser Sachlage besteht unter Aufrechterhaltung des vom Großen Senat allgemein für das Steuerrecht aufgestellten Grundsatzes kein Anlaß von der in der Entsch. v. 18. Jan. 1929, V A 784/28: RFH. 24, 334 vertretenen Rechtsansicht abzugehen, daß bei Verpachtung eines landwirtschaftlichen Betriebs mit Inventar der Teil der Pachtsumme, der auf das Inventar entfällt, umsatzsteuerpflichtig ist. Diese Auffassung ist vom FinA. mit Recht für den vorl. Fall zur Geltung gebracht worden. Das Urteil des FinGer. war danach aufzuheben und die Einspruchsentsch. des FinA. wiederherzustellen.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 2. Okt. 1931, V A 461/31.)

*

7. § 8 Nr. 1 UmsStG. Bei der Veräußerung eines mit einer privatrechtlichen Reallast belasteten Grundstücks bildet der Kapitalwert der Reallast einen Bestandteil des umsatzsteuerpflichtigen Entgelts. Als Zeitpunkt der Vereinnahmung dieses Entgeltteils ist der Übergang des Eigentums an dem belasteten Grundstück anzusehen. †)

Die KommGes. R. hat durch Vertrag v. 11. Juli 1928 ihren Grundbesitz für 200 000 *RM* an die Stadt Br. verkauft. Nach dem Vertrag erfolgte der Verkauf frei von allen Lasten und Schulden mit Ausnahme eines im Grundbuch zugunsten der Stadtgemeinde Br. eingetragenen Erbpachtzinses. Bei der Berechnung der UmsSt. hat das FinA. den Kapitalwert des Erbpachtzinses dem Kaufpreis zugerechnet. Die Verkäuferin bestritt die Umsatzsteuerpflicht dieser Zurechnung. Ihr Einspruch hatte jedoch keinen Erfolg. Dagegen hat das FinGer. auf die Berufung hin die Verkäuferin von der streitigen UmsSt. freigestellt. Hiergegen wendet sich die RBeschw. des FinA. Davon ausgehend, daß die Stadt Br. im Kaufvertrag außer der Kaufsumme zu 200 000 *RM* den im Grundbuch eingetragenen Erbpachtzins übernommen hat, sieht das FinA. den Kapitalwert des Erbpachtzinses als einen Teil des gesamten Kaufpreises an.

Der RBeschw. kann der Erfolg nicht versagt werden. Es ist zwar die Rechtsanschauung des BG. zutreffend, daß die Erbpachtzinsbelastung, die unter die Reallasten i. S. des § 1105 BGB. fällt, also eine dingliche Belastung darstellt, bei jeder Veräußerung des Grundstücks mit übergeht, ohne daß es einer Übernahme der Reallast durch den Erwerber des Grundstücks bedarf. Bei rein juristischer Betrachtungsweise könnte daher nur der vereinbarte Kaufpreis von 200 000 *RM* als Entgelt für das veräußerte Grundstück angesehen werden. Allein wirtschaftlich ist es für den Erwerber eines Grundstücks gleichbedeutend, ob er eine privatrechtlich-dingliche Last übernimmt oder ob diese Last kraft Gesetzes auf ihn übergeht. Der Käufer geht bei der Bemessung des Kaufpreises von dem Werte des Grundstücks aus, den es an sich, d. h. in seiner natürlichen Beschaffenheit hat. Hat er sich darüber ein Urteil gebildet, so prüft er, welche Lasten er in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen oder kraft Gesetzes gegen sich gelten lassen muß. Alles das ist von seinem Standpunkt aus Aufwendung für das Grundstück, also Entgelt. Die Sache liegt nicht anders, als wenn jemand eine verpfändete Sache von dem Ver-

---

für sich in Anspruch nehmen, weil sie die Verkäufe im wirklichen oder vermeintlichen öffentlichen Interesse vorgenommen hat.

2. Wenn es sich nicht um gelegentliche Verkäufe, sondern um eine größere Zahl von Verkäufen handelt, die sich auf einen längeren Zeitraum erstrecken, ist die gewerbliche Tätigkeit zugleich eine nachhaltige und begründet daher die Umsatzsteuerpflicht.

RA. Dr. Wrzeszinski, Berlin.

Zu 7. Das Urt. gehört zu den Entsch., welche die Abwandlung der steuerrechtl. von der nur privatrechtl. Betrachtungsweise gut zu illustrieren vermögen und damit zugleich ein treffl. Beispiel abgeben für die gesetzl. Auslegungsregel des § 4 RAbgO. (jetzt § 9). Obwohl als Gegenleistung für die den Steuergegenstand bildende Leistung in dem bürgerl.-rechtl. Vertrage nur ein Betrag von 200 000 *RM* genannt ist, ist dieser der Besteuerung nicht schlechthin zugrunde zu legen. Der RFH. stellt sich vielmehr mit Recht auf den Standpunkt desjenigen, der für die Leistung das Entgelt hingibt, und fragt nach der Gesamtheit der tatsächlichen Aufwendungen, die erforderlich sind, um den anderen zu veranlassen, die Leistungen auszuführen. Er gelangt auf diesem Wege zu der so wichtigen Folgerung, daß dem in dem zugrunde liegenden Kaufvertrage genannten Veräußerungspreis der Kapitalwert von auf privatrechtl. Titel beruhenden dingl. Lasten zuzurechnen ist, die auch ohne ausdrückl. formelle Übernahme kraft Ges. auf den neuen Erwerber übergehen, wie hier der Kapitalwert der Erbpachtzinsbelastung, die als Reallast trotz der offenbar anzunehmenden Konfusion von Schuldner und Gläubiger nach § 889 BGB. nicht erlischt. Indem der RFH. die Gesamtheit der Leistungen, die der Empfänger zur Erlangung der Leistungen wirtschaftlich zu bewirken hat, als Entgelt i. S. des § 8 UmsStG. auffaßt, gelangt er für den Bereich der Umsatzsteuer zu etwa dem gleichen Ergebnis, wie es für den Bereich der Grunderwerbsteuer gesetzlich festgelegt ist. Hiernach bestimmt sich bekanntlich der Veräußerungspreis nach dem Gesamtbetrage der Gegenleistung einschließl. der vom Erwerber übernommenen oder ihm sonst infolge der Veräußerung obliegenden Leistungen (§ 12 Nr. 2). Die auf einem nicht privatrechtl. Titel beruhenden Abgaben und Leistungen werden nach ausdrückl. Bestimmung hier nicht mitgerechnet.

Prof. Dr. Neuwiem, Münster i. W.

pfänder unter Anrechnung der zur Einlösung des Pfandscheins zu verwendenden Summe erwirbt. Nach ausdrücklicher Vorschrift im § 8 Abs. 3 UmsStG. gilt solchenfalls als Entgelt der Preis des Pfandscheins zuzüglich der Pfandsumme. Der Senat trägt kein Bedenken, im § 8 Abs. 3 UmsStG. den Ausfluß eines höheren Grundsatzes für ähnliche Verhältnisse zu erblicken und demgemäß den Übergang einer privatrechtlichen Reallast auf den Erwerber des belasteten Grundstücks als Zahlung eines Entgelts in Höhe des Kapitalwerts der Reallast anzusehen.

Wie der Übergang von Steuern und sonstigen öffentlichen Abgaben, die als öffentlich-rechtliche dingliche Lasten auf einem Grundstück ruhen und regelmäßig alle Grundstücke gleichmäßig treffen, für die UmsSt. bei Verkäufen zu beurteilen ist, kann dahingestellt bleiben.

Das FinA. hat jedenfalls in der Einspruchsentsch. mit Recht den Kapitalwert des Erbpachtzinses dem vereinbarten Kaufpreis hinzugerechnet und zur UmsSt. herangezogen.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 12. Dez. 1930, V A 917/29, RFH. 27, 302.)

Sonstiges Steuerrecht.

8. § 11 Abs. 1 a. F., § 28 Abs. 1 n. F. RBewG. *Ob eine landwirtschaftliche Brennerei ein Nebenbetrieb der Landwirtschaft oder ein selbständiger gewerblicher Betrieb ist, hängt davon ab, in welchem Umfang das Unternehmen rein gewerblich aufgezogen ist, z. B. durch Hinzukauf fremder Rohstoffe, durch Verarbeitung von Sprit zu Trinkbranntwein, durch Hinzukauf fremden Sprits, durch Eintragung im Handelsregister, durch Teilnahme am Wirtschaftsleben als selbständiges gewerbliches Unternehmen, mit eigener Fabrikmarke, eigener Flaschenaufmachung u. dgl. †)*

Der RFH. hat sich wiederholt mit der Frage der wirtschaftl. Selbständigkeit landwirtschaftl. Brennereibetriebe befaßt. Wenn RFH. 21, 176 sagt, daß die Beantwortung der Frage davon abhänge, welchem wirtschaftl. Hauptzweck der verbundenen Betriebe zu dienen bestimmt seien, so wird dieser Rechtssatz zu einer schlüssigen Lösung dann nicht führen können, wenn die wirtschaftl. Zwecke beider Betriebe selbständig und gleichwertig nebeneinanderstehen, ohne daß der Zweck des einen oder des anderen Betriebs als für beide Betriebe bestimmender wirtschaftl. Hauptzweck angesprochen werden könne. In einer anderen Entsch. (RStBl. 1929, 443) ist gesagt, daß für die Frage, ob es sich um einen landwirtschaftl. Nebenbetrieb oder einen selbständigen gewerbl. Betrieb handle, die Unterscheidung zwischen Verarbeitungs- und Substanzbetrieb wichtig sei und daß ein Substanzbetrieb nur dann ein landwirtschaftl. Nebenbetrieb sei, wenn eine Abhängigkeit zwischen beiden Betrieben bestehe und der Substanzbetrieb gegenüber der Landwirtschaft eine untergeordnete Rolle spiele; nicht ist dort zum Ausdruck gebracht, daß Verarbeitungsbetriebe in der Regel landwirtschaftl. Nebenbetriebe seien, sondern lediglich, daß sich bei Verarbeitungsbetrieben ein wirtschaftl. Zusammenhang zwischen landwirtschaftl. und Verarbeitungsbetrieben ohne weiteres dadurch ergebe, daß die zu verarbeitenden Produkte im landwirtschaftl. Betriebe gewonnen würden und daß der Verarbeitungsbetrieb in der Regel dazu dienen werde, eine bessere Verwertung der landwirtschaftl. Produkte zu ermöglichen und durch die Lieferung von Rückständen an die Landwirtschaft deren Erträgnisse zu erhöhen. Eine zwar nicht grundsätzliche, aber praktische Grenzziehung zwischen einem landwirtschaftl. Nebenbetrieb und einem wirtschaftl. mit einem Landwirtschaftsbetriebe verbundenen, aber dennoch selbständigen gewerbl. Betrieb ist dann in RFH. III A 245/29 v. 3. Juli 1930 (RStBl. 1930, 541) mit der Aufstellung folgenden Rechtssatzes gegeben: Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn ein Branntweinbrennereibetrieb als ein selbständiger gewerbl. Hauptbetrieb — und nicht als ein Nebenbetrieb der Landwirtschaft — deshalb angesehen wird, weil die zur Verarbeitung zugekaufte Menge an Rohstoffen gegenüber den verarbeiteten eigenen landwirtschaftl. Erzeugnissen des Betriebsinhabers dauernd und verhältnismäßig hoch sind, namentlich, wenn noch weitere Umstände hinzukommen, wie der Betrieb der Branntweinbrennerei unter eigener handelsrechtl. eingetragener Firma, Verkauf des erzeugten Trinkbranntweins unter eigenem Namen und mit besonderer Flaschenaufmachung. In RFH. III A 96/29 vom 29. Juli 1930 (RStBl. 1931, 4) ist entscheidendes Gewicht für die Beurteilung einer landwirtschaftl. Brennerei als selbständigen gewerbl. Betriebs auf die Tatsache des überwiegenden Zukaufs von Feldfrüchten i. Verb. m. dem umfangreichen Zukauf fremden Sprits und der Höhe des in der Brennerei angelegten, gegenüber dem Werte des selbst bewirtschafteten Teiles des Gutes besonders hohen Kapitals sowie der Eintragung im HandReg. gelegt worden.

Wann ein mit einem Landwirtschaftsbetriebe wirtschaftl. verbundener Gewerbebetrieb nicht mehr landwirtschaftl. Nebenbetrieb ist, sondern als selbständiger gewerbl. Betrieb anzusehen ist, läßt sich nach dem Gesagten nur von Fall zu Fall bestimmen und wird grundsätzlich nach der Verkehrsauffassung zu entscheiden sein. Mit Recht ist in III A 245/29 die Frage in den Vordergrund gerückt, ob es dem Betriebsinhaber weniger darauf ankommt, mit Hilfe der Brennerei seinen landwirtschaftl. Betrieb zu fördern, als darauf, in der Brennerei eine neue und selbständige Erwerbsquelle zu besitzen, mit ihr selbständige wirtschaftl. Zwecke zu verfolgen und aus dem Brennereibetriebe möglichst hohe Erträgnisse zu erzielen. Für die Beantwortung dieser Frage ist es von entscheidender Bedeutung, in welchem Umfang die Betriebsführung des gewerbl. Betriebs sich von dem landwirtschaftl. Betrieb unabhängig gemacht hat oder von der unmittelbaren Beziehung zu ihm losgelöst hat, z. B. durch Hinzukauf fremder Erzeugnisse oder durch die Verarbeitung von Feinsprit zu Trinkbranntwein, also durch eine *rein* gewerbl. Betätigung oder durch Hinzukauf von fremdem Sprit zwecks Umwandlung in Trinkbranntwein. Nach der Verkehrsauffassung wird weiter Gewicht darauf zu legen sein, ob der gewerbl. Betrieb seine selbständige Bedeutung im Wirtschaftsleben dadurch zum Ausdruck bringt, daß er im Verkehr mit einer gewissen Selbständigkeit und als besonderes Wirtschaftsunternehmen auftritt, z. B. mit Geschäftspapieren nach Art gewerbl. Unternehmungen, mit eigenen Fabrikmarken, eigenen Eti-

---

Zu 8. Der Entsch. kann zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zugestimmt werden:

Es ist zwar zuzugeben, daß die Frage, ob ein bestimmter Betrieb landwirtschaftl. Nebenbetrieb ist, in erhebl. Umfang *Tatfrage* ist. Aber grundlegend für die Entsch. der Tatfrage ist nicht allein die Verkehrsauffassung, wie die vorstehende Entsch. will. Diese könnte vielmehr in vielen sehr zweifelhaften Fällen keine sichere Entsch. geben. Maßgebend sind jedenfalls gewisse allgemeine Grundsätze, die den Begriff des Nebenbetriebs in den verschiedenen Gesetzen, wo er vorkommt, eine ganz bestimmte juristische Bedeutung gegeben haben, die von Literatur und Rspr. allmählich schärfer herausgearbeitet worden ist und an der auch die Steuerrechtsprechung nicht vorübergehen kann, soweit nicht besondere Umstände hier eine andere Deutung erfordern.

Danach ist für den Begriff des Nebenbetriebs ein Doppeltes entscheidend: einmal das Vorhandensein eines Betriebes, dann die wirtschaftl. Abhängigkeit dieses Betriebes von einem landwirtschaftl. Hauptbetriebe. Beides hält aber die vorstehende Entsch. nicht deutlich auseinander.

Von einem Betriebe kann nur dann die Rede sein, wenn persönl., sächl. und immaterielle Betriebsmittel zur Verfolgung eines bestimmten technischen Zwecks organisatorisch zu einer Einheit verbunden sind (vgl. *Jacobi*, Lpz. Festschr. f. Ehrenberg S. 1 ff.). Diese organisatorische Einheit muß sowohl für den Haupt- wie für den Nebenbetrieb bestehen und beide müssen sich dadurch deutlich voneinander abtrennen. Fehlt das, so liegt kein Nebenbetrieb vor, sondern nur unselbständige Betriebsmittel. Das ergibt sich deutlich aus der Gegenüberstellung in §§ 916 und 918 RVO. Auch für das Steuerrecht kann nichts anderes gelten. Im Gegenteil § 11 (28) RBewG. rechnet offenbar geradezu mit diesem Unterschied, wenn es stehende und umlaufende Betriebsmittel neben den Nebenbetrieben besonders aufzählt. Aus der Tatsache aber, daß jeder Nebenbetrieb als Betrieb begrifflich eine gegenüber dem Hauptbetrieb selbständige organisatorische Einheit bildet, ergibt sich, daß aus dem Vorhandensein einer solchen organisatorischen Einheit nicht geschlossen werden kann, daß kein *Neben*betrieb vorliegt. Das hat aber unrichtigerweise die vorstehende Entsch. getan, indem sie darauf verweist, daß vorliegend der Betrieb mit einer gewissen Selbständigkeit im Wirtschaftsleben auftritt, z. B. eigene Geschäftspapiere, eigene Fabrikmarken, eigene Etiketten hat und selbst ins Handelsregister eingetragen ist. Gerade der letztere Umstand kann um so weniger der Eigenschaft als Nebenbetrieb entgegenstehen, als § 3 HGB. für solche Nebenbetriebe, wenn sie gewerbl. Art, sog. Nebengewerbe sind, ausdrücklich nur die Möglichkeit der Eintragung ins Handelsregister vorsieht, während die Eintragung nach § 2 Pflicht wäre, wenn der Betrieb kein landwirtschaftl. Nebenbetrieb wäre.

Zuzustimmen ist der Entsch. dagegen darin, daß sie die Nebenbetriebseigenschaft deshalb verneint, weil der fragl. Betrieb nicht in ausreichender wirtschaftl. Verbindung zu dem landwirtschaftl. Betrieb steht, was einen organisatorisch selbständigen Betrieb erst zum Nebenbetrieb macht. Für eine solche wirtschaftl. Verbindung mit dem landwirtschaftl. Betriebe bestehen verschiedene Möglichkeiten (vgl. darüber *Molitor*, Komm. z. vorl. LArbO. Anm. 12 zu § 1). Von diesen kommen vorl. zwei in Betracht, einmal der Umstand, daß der Betrieb vorwiegend Erzeugnisse des landwirtschaftl. Betriebs verarbeitet, ferner daß er überwiegend Erzeugnisse für den landwirtschaftl. Betrieb herstellt. Beides fehlt aber vorliegend. Denn nach den tatsächl. Feststellungen werden 95% der für den fragl. Betrieb erforderl. Rohstoffe nicht von dem landwirtschaftl. Betrieb geliefert und dienen auch die Erzeugnisse nicht überwiegend dem landwirtschaftl. Betrieb, sondern werden zur Hälfte zu Trinkbranntwein verarbeitet, während nur der verhältnismäßig geringe Anfall an Schlempe an das Vieh des landwirtschaftl. Betriebs verfüttert wird.

Prof. Dr. *Erich Molitor*, Greifswald.

ketten, Eintragung ins HandReg. u. dgl. Die Grenze wird immer flüssig bleiben, und es muß im wesentl. die Aufgabe des Tatsachenrichters bleiben, nach den vorstehend angegebenen Merkmalen die Einordnung vorzunehmen. Wenn im vorl. Falle die Vorentsch. auf Grund des Tatbestandes den Brennereibetrieb des BeschwF. als einen selbständigen gewerbl. Betrieb aufgefaßt hat, so ist darin keine unrichtige Rechtsanwendung, namentlich auch keine Abweichung von den vorstehend mitgeteilten Richtlinien zu erblicken. Entscheidend ist namentlich, daß von den Rohstoffen 95% hinzugekauft sind und daß von dem hergestellten Feinsprit die Hälfte zu Trinkbranntwein verarbeitet ist; hinzu kommt, daß der Brennereibetrieb unter der Firma Th. O., Kornbranntweinbrennerei, im HandReg. eingetragen ist, daß der darin erzeugte Branntwein unter besonderem Namen verkauft wird, daß der BeschwF. mit dem Branntwein auch Ausstellungen beschickt. Diesen Tatsachen gegenüber tritt der Umstand, daß die gesamte Schlempe in der Viehhaltung verfüttert ist, in seiner Bedeutung zurück, zumal bei Kornbranntweinbrennereien der Anfall an Schlempe verhältnismäßig gering ist.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 17. Sept. 1931, III A 1023/30, RFH. 29, 258.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt.]

O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt.]

1. § 937 RVO. regelt für die landwirtschaftliche Unfallversicherung, soweit es sich um nach Durchschnittssätzen festgestellte Jahresarbeitsverdienste handelt, die Art der Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes bei der Rentenbemessung abschließend; § 569a RVO. ist zur Ergänzung nicht entsprechend anzuwenden.

Allgemein gilt in der RVO. für die landw. Unfallversicherung der Grundsatz, daß für die Berechnung der Rente derjenige Jahresarbeitsverdienst maßgebend ist und auch für die Zukunft maßgebend bleibt, der am Unfalltage für die Gruppe und Altersstufe des Verletzten im Bezirke des Unfallbetriebes in Geltung war. § 936 Abs. 1 a. F. hatte, soweit nicht Betriebsbeamte oder Facharbeiter in Frage kamen, ausdrücklich bei der Bemessung der Rente den Jahresarbeitsverdienst für maßgebend erklärt, den landw. Arbeiter „zur Zeit des Unfalls“ durch landw. und andere Erwerbstätigkeit am Beschäftigungsorte durchschnittlich erzielen. Wenn dies auch jetzt nicht mehr im Ges. besonders ausgesprochen ist, so hat doch der allg. Grundsatz nach wie vor Geltung. Eine Ausnahme davon ist lediglich zugunsten der im jugendlichen Alter verletzten Versicherten gemacht worden. Hier hat das Aufsteigen in eine höhere Altersstufe eine Änderung des Jahresarbeitsverdienstes und damit eine Erhöhung der Rente zur Folge.

Ob nun der für gewerbliche jugendliche Arbeiter geltende § 569a auch in der landw. Unfallversicherung entsprechend anzuwenden ist, hängt zunächst davon ab, ob insoweit eine Lücke im Ges. besteht. Nach § 930 RVO. sind die Vorschr. über den Jahresarbeitsverdienst in der gewerblichen Unfallversicherung für die landw. Unfallversicherung nur anzuwenden, soweit nicht die §§ 930 ff. etwas anderes vorschreiben. Dies ist aber im § 937 geschehen, wo die Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes beim Aufsteigen Jugendlicher in eine höhere Altersstufe anders und abschließend geregelt ist. § 937 stand von jeher in der RVO. Anläßlich des Ges. v. 14. Juli 1925 ist sein Gedanke auf die gewerbliche Unfallversicherung übertragen worden, und hat unter Berücksichtigung der gleichzeitig erlassenen Vorschr. über die Umrechnung von Renten im § 569a seinen Niederschlag gefunden. Dabei sind auch durch § 569a die jugendlichen Arbeiter günstiger gestellt als diejenigen Arbeiter, die beim Unfall bereits die höhere Altersstufe erreicht hatten. Es fragt sich nun weiter, wie im § 937 die Worte „entsprechend zu erhöhen“ aufzufassen sind. Dies ist klar, wenn man berücksichtigt, daß nach § 936 a. F. ausdrücklich die am Unfalltage geltende Festsetzung für alle Zukunft maßgebend sein sollte, und hierin eine Änderung durch die neue Fassung der RVO. nicht eingetreten ist. Die Worte „entsprechend zu erhöhen“ können dann in dem ganzen Zusammenhange nur dahin verstanden werden, daß vom Tage der Erreichung der höheren Altersstufe die Rente nach dem dieser Altersstufe entsprechenden Durchschnittssatze des am Unfalltage maßgebend gewesenen Jahresarbeitsverdienstes neu zu berechnen ist.

Für diese Auffassung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 569a. § 569a war — in veränderter Fassung — im Art. 8 des RegEntw. v. 13. März 1925 (Drucks. des RT. 1924/25 Nr. 691 S. 3) enthalten und wurde durch Art. 44 (S. 7 a. a. O.) in der landw. Unfallversicherung für Betriebsbeamte und Facharbeiter für anwendbar erklärt; der § 937 sollte unverändert bleiben. Die Begr. zu § 569a (S. 30 a. a. O.) führt aus, daß Art. 8 aus Billigkeitsgründen eine Regelung treffe, wie sie in der landw. Unfallversicherung ähnlich schon bestehe, und Art. 44 übernehme Entsprechendes für die landw. Unfallversicherung (d. h. nur für Betriebsbeamte und Facharbeiter). Bei den Ausschußberatungen wurde § 569a mehrfach neu gefaßt (zu vgl. S. 51 a. a. O.); ferner wurden die Vorschr. über den Jahresarbeitsverdienst in der landw. Unfallversicherung umgestellt, d. h. die Durchschnittssätze kamen als Regel an den Anfang, die Individuallöhne als Ausnahme an den Schluß (S. 93 a. a. O.). Dabei wurde in § 936 RVO., der als § 937 in das Gesetz übernommen ist, das „einundzwanzigste Lebensjahr“ usw. durch „Altersstufe“ usw. ersetzt, während die Fassung „entsprechend zu erhöhen“ unverändert blieb. Es kann bei dieser Gesetzesentwicklung ohne Zwang nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, gleichzeitig auch die neuen Vorschr. des § 569a RVO. allgemein in die landw. Unfallversicherung mitzuübernehmen. Vielmehr muß nach alledem die Berechnung des durchschnittlichen Jahresarbeitsverdienstes in der Landwirtschaft als durch § 937 RVO. erschöpfend und lückenlos geregelt angesehen werden.

(RVersA., Entsch. v. 30. Sept. 1931, Ia 8629/29, EuM. 31, 237.)
[Z.]

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preußisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. PrWassG. v. 7. April 1913. In dem Verfahren zur Eintragung von Wasserbenutzungsrechten in das preuß. Wasserbuch sind vom WassG. v. 7. April 1913 Widersprüche i. S. des § 188, die sich auf nicht dem preuß. Staatsgebiet angehörende Tatbestände stützen, nicht zugelassen und daher offenbar unbegründet. In dem genannten Verfahren hat die Wasserbuchbehörde Rücksichten des öffentlichen Wohles nicht von Amts wegen wahrzunehmen. Solche Rücksichten können in einem Bekanntmachungsverfahren gemäß § 188 a. a. O. nur mittels Widerspruchs und nur von Reichs- oder preuß. Behörden, die gegen ein einzutragendes Recht von Hoheits wegen einzuschreiten befugt wären, geltend gemacht werden. †)

Der preuß. Staat beantragte bei dem BezAussch. in H. seine auf unvordenkliche Verjährung oder Ersitzung gestützten Rechte in das Wasserbuch einzutragen, die sich auf die Einleitung von Bade-, Spül- und Küchenabwässern aus dem Solbad, von Abwässern aus den Maschinen-, Kur- und Badehäusern und von überschüssigem Quell- und Trinkwasser des Bades P. in den Emmerfluß sowie die Ableitung von Wasser beziehen. Der Freistaat Bremen widersprach, weil bremische Belange durch die Einleitung verletzt werden könnten. Der Vorsitzende des BezAussch. wies den Widerspruch als offenbar unbegründet zurück. Der Beschw. des Freistaates Bremen versagte das OVG. den Erfolg.

Das PrWassG. gilt für P. gem. § 5 Staatsvertr. zwischen Preußen und Waldeck-Pyrmont über die Vereinigung des Gebietsteils Pyrmont mit Preußen v. 29. Nov. 1921 i. Verb. m. Art. 1 Ges. über die Vereinigung des zu Waldeck-Pyrmont gehörigen Gebietsteils Pyrmont mit dem Freistaat Preußen v. 22. Febr. 1922 (GS. S. 37, 41) und Art. 2 Buchst. a des zugehörigen Schlußprotokolls sowie des RGes. über die Vereinigung von Pyrmont mit Preußen v. 24. März 1922 (RGBl. I, 281) §§ 1, 3.

Der BeschwF. hat für seinen Widerspruch keinen Grund angegeben. Er hat zunächst „vorsorglich“ widersprochen, weil er aus den Unterlagen des Antrags nichts über die Menge der Abwässer und die darin enthaltenen Mengen und Arten der Salze sowie über die Wasserführung des Vorfluters habe feststellen, auch nicht habe erkennen können, daß bremische Interessen nicht verletzt würden. Er hat sich dann weiter darauf berufen, daß das OVG. in dem Beschl.

Zu 1. Das Urt. ist die geradlinige Fortsetzung der bisherigen Rspr. des vormaligen Landeswasseramts und des OVG. Wenn im Verleihungsverfahren ein Widerspruch wegen solcher nachteiliger Wirkungen der Benutzung des Wasserlaufes für unzulässig erklärt wird, die erst außerhalb des preuß. Staates eintreten, dann ist allerdings nicht recht einzusehen, warum für die Eintragung in das Wasserbuch andere Grundsätze gelten sollen. Eine andere Frage ist aber, ob denn die bisherige Rspr. zu billigen ist. Das PrWassG. gilt selbstverständlich nur innerhalb Preußens. Nach preuß. Wasserrecht ist also darüber zu urteilen, ob die Einleitung schädlicher Abwässer in einen Wasserlauf berechtigt ist oder nicht. Insoweit ist dem OVG. zuzustimmen, und in diesem Sinne hat sich auch das RG. geäußert. In der obigen Entsch. läßt es nun das OVG. im Anschluß an die Entsch. des RG. 97, 115

v. 6. Dez. 1928, V. W. 35/26, der sich auf eine Verleihung bezog, ausgesprochen habe, die vom Freistaate Bremen vorgebrachten Belange seien im Hinblick auf die §§ 35, 38 RGes., betr. Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, v. 30. Juni 1900 (RGBl. 306) von Amts wegen zu berücksichtigen. Da Bremen damals der Verleihung wegen der befürchteten Gefährdung seiner Wasserversorgungsanlage durch Versalzung des Weserwassers widersprochen hatte, ist anzunehmen, daß diese Befürchtung auch seinem jetzigen Widerspruche zugrunde liegt. Das wird dadurch bestätigt, daß der BeschwF. in der BeschwSchrift auf seinen früheren Widerspruch gegen die Eintragung eines Einleitungsrechts für die Gewerkschaft H. in E. verweist, der aus demselben Grunde erhoben und damals unbeanstandet vom BezAussch. mit dem Rechte ins Wasserbuch eingetragen sei. Der angefochtene Bescheid geht davon aus, die vom BeschwF., nämlich dem Freistaat Bremen, vertretenen Belange lägen außerhalb des preuß. Staatsgebiets. Der Widerspruch sei deshalb zurückzuweisen gewesen, denn das PrWassG. behielte die Wahrnehmung des öffentlichen Wohles unbeschadet einer etwa bestehenden gesetzlichen Zuständigkeit der Reichsbehörden den eigenen Staatsbehörden vor und lasse im übrigen Widersprüche nur insoweit zu, als ihr Tatbestand in den preuß. Hoheitsbereich fiele. Das entspricht der Begründung, mit der das ehemalige Landeswasseramt und, ihm folgend, das OVG. in verschiedenen Entsch., die sich auf die Verleihung von Wasserbenutzungsrechten bezogen, die auf die Gefährdung der brem. Wasserversorgung gestützten Widersprüche des BeschwF. grundsätzlich zurückgewiesen haben (vgl. insbes. die Beschl. des Landeswasseramts v. 14. Dez. 1915, 18. April 1916 und 15. Jan. 1920: OVG. 1, 95, 92 und 45, ferner den oben angezogenen Beschl. des OVG. v. 6. Dez. 1928). Zu der Frage, ob dasselbe für Widersprüche gilt, die gegen die Eintragung von Wasserbenutzungsrechten in das preuß. Wasserbuch erhoben sind, hat das Landeswasseramt und bisher auch das OVG. nicht Stellung genommen. Dieser Fall liegt insofern etwas anders, als im Verleihungsverfahren Widersprüche sich gegen die Begründung neuer Benutzungsrechte richten, die allein auf der Grundlage des WassG. geschaffen werden und bei denen dieses Ges. selbständig und ausschließlich die Voraussetzungen bestimmt, unter denen sie begründet und bekämpft werden können. Das Wasserbuchverfahren hat es aber mit der Eintragung von Rechten zu tun, die auf Grund der früher in Geltung gewesenen Rechtsnormen entstanden waren und deren Wirkung und Anfechtungsbereich nach diesen älteren Rechtsnormen beurteilt werden muß. Es ist immerhin möglich, daß diese aufrechterhaltenen älteren Rechte, wenn ihre Ausübung nachteilige Wirkungen auch außerhalb des preuß. Staatsgebiets hervorruft, dieserhalb rechtlichen Angriffen ausgesetzt sein könnten, und es bedarf deshalb der Untersuchung, ob das WassG. auch für solche außerhalb Preußens gegen einzutragende Rechte erwachsenen Ansprüche die Eintragung von Widersprüchen hat vorsehen wollen.

Der Wortlaut des WassG. bietet keinerlei Anhalt für eine Beschränkung in der Erhebung von Widersprüchen gegen die Eintragung von Rechten ins Wasserbuch. Es bestimmt im § 188 lediglich, daß der Antrag auf Eintragung eines Rechtes öffentlich bekanntzumachen ist, wenn die Voraussetzungen des § 187 das. nicht vorliegen, und daß innerhalb bestimmter Frist dagegen Widersprüche bei der Wasserbuchbehörde angebracht werden können. Es sagt ferner im Abs. 3 des § 188, daß offenbar unbegründete Widersprüche durch einen mit Gründen versehenen Bescheid des Vorsitzenden des BezAussch. zurückzuweisen und die übrigen innerhalb der Frist erhobenen Widersprüche im Wasserbuche zu vermerken sind. In welchen Fällen ein Widerspruch als begründet oder als offenbar unbegründet anzusehen ist, geht hieraus nicht hervor. Diese Frage hat das Landeswasseramt aus Zweck und Wirkung des eingetragenen Widerspruchs beantwortet, wie sie sich aus § 190 a. a. O. ergeben. Hiernach gelten die Eintragungen im Wasserbuche bis zum Beweise des Gegenteils als richtig. Dies gilt aber nicht für Eintragungen, die mit dem Grundbuch im Widerspruche stehen, sowie gegenüber denjenigen, für welche ein Widerspruch im Wasserbuche vermerkt ist. Zweck und Ziel des Widerspruchs liegen hiernach ausschließlich darin, daß der Widersprechende das Bestehen des zur Eintragung angemeldeten und bekanntgemachten Rechtes ganz oder in gewissem Umfange bestreitet und die Vermutung des § 190 gegenüber dem Antragsteller für sich ausschließen will. Demnach ist, abgesehen von der Versäumung der Widerspruchsfrist, offenbar unbegründet ein Widerspruch dann, wenn das einzutragende Recht klar nachgewiesen ist oder der Widersprechende kein berechtigtes Interesse daran hat zu widersprechen und nicht in die Lage kommen kann, über das einzutragende Recht in einen Rechtsstreit mit dem Berechtigten zu geraten (vgl. Holtz-Kreutz-Schlegelberger, WasſG., Bd. 1, 3./4. Aufl., S. 754, Anm. 16 Abs. 2 zu § 188; Beschl. des Landeswasseramts vom 21. Nov. 1916: OVG. 2, 83, 86).

Hiernach ist es zunächst nicht klar, was der BeschwF. damit sagen will, daß die Behörde Rücksichten des öffentlichen Wohles in bezug auf die brem. Wasserversorgung von Amts wegen wahrzunehmen hätte. Hierin liegt offenbar eine Verwechselung mit dem Verleihungsverfahren. Für dieses gilt allerdings die Best., daß Rechte nicht verliehen werden dürfen, denen überwiegende Rücksichten des öffentlichen Wohles entgegenstehen, die durch Bedingungen nicht gewahrt werden können (§ 49 Abs. 1 WassG.), und daß die Verleihungsbehörde Rücksichten dieser Art auch von Amts wegen wahrzunehmen hat. Im Wasserbuchverfahren kommt aber eine besondere Wahrung dieser Rücksichten nicht in Frage. Insoweit öffentliche Behörden ein berechtigtes Interesse daran haben, zur Wahrung dieser Rücksichten die Vermutung des § 190 WassG. gegen sich auszuschließen, können sie der Eintragung widersprechen (OVG. 2, 83, 87), jedoch ist die Wasserbuchbehörde nicht befugt, das Interesse dieser Behörden von Amts wegen wahrzunehmen. Es könnte sich dabei auch immer nur um Reichs- oder preuß. Behörden handeln, die befugt wären, im gegebenen Falle gegen das einzutragende Recht von Hoheits wegen einzuschreiten. Daß ein Einschreiten brem. Behörden aus Gründen der Staatshoheit hier nicht in Frage kommt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Demnach könnte der BeschwF. seinen Anspruch nur darauf stützen, daß er aus Gründen des bürgerlichen Rechtes das einzutragende Recht nicht gegen sich gelten zu lassen brauchte und deshalb ein berechtigtes Interesse hätte, die Vermutung des § 190 WassG. gegen sich auszuschließen.

Die Behauptung, daß ihm aus einer Beeinträchtigung der brem. Wasserversorgung Ansprüche gegen den preuß. Staat hinsichtlich des einzutragenden Rechtes erwachsen könnten, würde der BeschwF. allerdings nicht auf das PrWassG. stützen können, insbes. nicht auf § 41 Abs. 1 Ziff. 1 dieses Ges., wonach durch die Benutzung eines Wasserlaufs das Wasser nicht zum Nachteil anderer verunreinigt werden darf. Denn darin befindet sich der Sen. in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rspr. sowie mit derjenigen des Landeswasseramts und des RG., daß das WassG. als preuß. Landesgesetz seinen Geltungsbereich auf den preuß. Staat beschränkt hat (vgl. die vorher angezogenen Beschl. des OVG. und des Landeswasseramts und das Urt. des RG. v. 12. Juli 1915: RG. 88, 383). Als preuß. Landesgesetz konnte es jedenfalls Verpflichtungen nur innerhalb des preuß. Staatsgebiets begründen. Es wäre allerdings befugt gewesen, Berechtigungen auch an Tatbestände zu knüpfen, die außerhalb dieser Grenzen bestehen oder entstehen, insoweit damit die Verhältnisse preuß. Gewässer und deren Benutzung in Beziehung stehen; jedoch hat bereits das Landeswasseramt in seinem vorerwähnten Beschl. v. 14. Dez. 1915 zutreffend ausgeführt, daß das Ges. für diese Annahme keinen Anhalt bietet. Jedenfalls enthält es keine Vorschriften dahin, daß an nachteilige Wirkungen, die infolge der im preuß. Staatsgebiete stattfindenden Benutzung eines Gewässers außerhalb dieses Gebiets auftreten, irgendwelche rechtlichen Ansprüche zu knüpfen wären; insoweit das WassG. Ansprüche aus solchem Anlaß anerkennt, bleiben sie auf die innerhalb dieses Staatsgebiets auftretenden nachteiligen Wirkungen beschränkt. Der brem. Anspruch könnte aber vielleicht seine Stütze in Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes suchen. Daß die Geltung dieser Normen auf Tatbestände der Wasserbenutzung durch das PrWassG. nicht grundsätzlich ausgeschlossen zu sein braucht, ist in der Rspr. und Rechtslehre wiederholt anerkannt worden (vgl. Staudinger, Erl. z. BGB., 9. Aufl., Bd. VI Teil 1 S. 148 zu Art. 65 EinfG.; GruchBeitr. 59, 925; RG.: AgrarZ. 15, 58; RG. 97, 115). In dem letztgenannten Urt. des RG. ist ausgesprochen, der im Art. 65 EinfG. z. BGB. zugunsten der landesgesetzlichen dem Wasserrecht angehörenden Vorschriften ausgesprochene Vorbehalt besage nur, daß diese Vorschriften unberührt blieben, insoweit sie beständen; im übrigen werde dadurch die Anwendung des BGB. auf wasserrechtliche Verhältnisse nicht ausgeschlossen. Ob Bremen im vorl. Falle auf dieser rechtlichen Grundlage Ansprüche geltend machen könnte, darf aber dahingestellt bleiben. Denn wenn sie auch bestehen

---

dahingestellt, ob Bremen auf Grund des Reichsrechts etwa Ansprüche wegen der Einleitung der Abwässer erheben könne. Es versagt aber dem widersprechenden Freistaat Bremen die Befugnis, Widerspruch im Eintragungsverfahren zu erheben, da dieser sich auf einen Tatbestand gründet, der nicht dem preuß. Staatsgebiet angehört. Damit kommt der Widersprechende in eine sehr unangenehme Lage, denn der Inhalt des Wasserbuches gilt ihm gegenüber als richtig, und er muß nun im Streitfalle nachweisen, daß ein Recht auf Einleitung der Abwässer in den Wasserablauf nicht bestanden hat. Die Beweislast wird also umgekehrt. Im Wasserrecht spielt nun die Beweislast eine sehr große Rolle, namentlich in einem Falle wie hier, wo das in Anspruch genommene Recht auf unvordenkliche Verjährung und Ersitzung gestützt ist. Im PrWassG. hat der vorl. Fall eine positive Regelung nicht gefunden, eine solche ist vielmehr, wie das Landeswasseramt in dem Beschl. v. 14. Dez. 1915 richtig hervorhebt (OVG. I, 95), nach allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts zu entscheiden. Es widerspricht nun meiner Ansicht nach dem Geiste der Deutschen RVerf., die Angehörigen eines benachbarten Freistaates privatrechtlich ungünstiger zu stellen als wie die Angehörigen des eigenen Staates. Man muß wirklich hierbei an das Recht des Altertums denken, in welchem der Ausländer, der Barbar, rechtlos war, und dabei handelt es sich doch hier nicht um Ausländer, sondern um Deutsche, mit denen Preußen auf Gedeih und Verderb verbunden ist. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 148, hat bereits darauf hingewiesen, daß durch eine solche Praxis eine gegenseitige Schädigung der Grenzzonen zu befürchten sei und hat den „heiligen Egoismus“, den Preußen in den Entsch. des Landeswasseramts und des OVG. sich zu eigen gemacht hat, getadelt.

JR. Dr. Riemann, Breslau.

sollten, folgt daraus noch nicht, daß sie auch im Wege des Widerspruchs gegen die Eintragung des Rechtes geltend gemacht werden dürfen. Geht man von dem Grundsatz aus, das WassG. habe die von ihm begründeten Rechte nur an das Bestehen von Tatbeständen geknüpft, die dem preuß. Staatsgebiet angehören, so muß das auch für die Befugnis gelten, im preuß. Wasserbuchverfahren gegen die Eintragung eines Rechtes Widerspruch zu erheben. Widersprüche im Eintragungsverfahren, die sich auf Tatbestände stützen, die nicht diesem Staatsgebiet angehören, sind hiernach vom Ges. nicht zugelassen und daher offenbar unbegründet.

(PrOVG., Entsch. v. 9 Juli 1931, V W 42/30.)

*

2. § 1 PrGes. v. 2. Juli 1875. **Vorgärten. Die Vorschrift einer Baupolizeiverordnung, die die Aufstellung einer Reklametafel in Vorgärten als mit dem Wesen der gärtnerischen Anlagen unvereinbar verbietet, findet auch dann Anwendung, wenn die Tafel kein Bauwerk im Sinne der Baupolizeiverordnung ist und wenn sie außerhalb des gärtnerischen Teiles auf oder über Zugangswegen errichtet werden soll.** †)

Die Versagung der Genehmigung zur Aufstellung des Schildes ist gestützt auf § 25 Ziff. 1 Abs. 6 und Ziff. 2 Abs. 2 BaupolVO. für die Städte des RegBez. Breslau v. 6. Okt. 1926 (Sonderbeil. zu Stück 43 d. Amtsbl.). Die erstere Stelle bestimmt: „Die Anbringung von Schildern und Schaukästen an Einfriedigungen aller Art ist verboten"; die andere, soweit sie hier in Betracht kommt: „Die Aufstellung von Reklameschildern in Vorgärten ist verboten." Eine Anbringung an einer Einfriedigung soll nicht erfolgen. Daß aber, wie Kl. meint, auch die Anwendung der Ziff. 2 Abs. 2 Satz 2 a. a. O. durch die Rspr. des OVG. in dem angezogenen Urt. v. 21. Febr. 1929 (OVG. 84, 415) ausgeschlossen sei, ist nicht richtig. In den Gründen dieses Urt. ist allerdings ausgesprochen, daß die Anbringung von Reklameschildern nicht zu den Gegenständen gehört, die i. S. des Art. 4 § 1 Ziff. 4 und des Art. 9 § 2 WohnungsG. v. 28. März 1918 (GS. 23) durch Bauordnungen geregelt werden können. Aus dem Zusammenhang ergibt sich aber unzweideutig, daß das nicht schlechthin gelten soll, sondern nur soweit diese Schilder sich nicht als selbständige Bauwerke oder Teile von solchen darstellen; und ferner, daß den letzteren **die** Schilder gegenübergestellt werden, die „an Bauten angehängt, angeschlagen oder auf andere Weise befestigt" sind. Über Reklameschilder oder -tafeln, die frei aufgestellt werden, trifft die Entsch. überhaupt keine Bestimmung, greift also der freien Beurteilung des vorl. Falles in keiner Weise vor. Das Schild ist hier nicht in der bezeichneten Weise angebracht, sondern „aufgestellt, aufgebaut". Kl. kann dagegen auch nicht einwenden, nicht das Schild sei aufgebaut, sondern der Rahmen, an dem es angebracht ist. Denn der Rahmen, das Gestell, hat hier nur den Zweck, Träger des Schildes zu sein, also nur im Zusammenhange mit diesem Bedeutung. Der Antragsteller P. spricht in seinem Antrag auch von einem „Standschild", das „aufgestellt" werden soll. Abgesehen davon kann aber der bezeichnete Satz des Urt. v. 21. Febr. 1929 auch unmöglich dahin ausgelegt werden, daß die Baupolizei über die Aufstellung oder Anbringung von Reklameschildern sich überhaupt jeder Vorschrift in den BaupolVO. zu enthalten habe. In dem Satze des § 25 Ziff. 2 Abs. 2 a. a. O. „die Aufstellung von Reklameschildern in Vorgärten ist verboten" ist die Regelung durch BaupolVO. nicht darin begründet, daß es sich um ein Reklameschild handelt, sondern daß dieses Schild **in einem Vorgarten** aufgestellt werden soll. Die Ausgestaltung der Vorgärten gehört dem Baupolizeirecht an; sie kann in BaupolVO. geregelt werden, und die Baupolizei kann in ihnen auch der Aufstellung von Reklameschildern insoweit entgegentreten, als diese den Charakter des Vorgartens beeinträchtigen. Das ist in der Rspr. des OVG. anerkannt, und in dem Urt. v. 21. Febr. 1929 ist dieser Rechtssatz nicht durchbrochen, sondern ausdrücklich bestätigt. Wie dort aus einem älteren Urt. angezogen wird, hat das OVG. die Aufstellung einer großen Reklametafel in einem Vorgarten mit der Bestimmung der BaupolVO., die die gartenmäßige Anlage der Vorgärten vorschreibt, für unvereinbar erklärt, weil sie mit dem rechtlichen Wesen und Begriffe des Vorgartens in Widerspruch stehe und den Charakter desselben als einer gärtnerischen Anlage wesentlich beeinträchtige (OVG. 59, 400). Es kommt deshalb auch gar nicht darauf an, ob das Schild als ein Bauwerk anzusehen ist, entscheidend ist, ob eine dem Charakter des Vorgartens als Ziergarten widersprechende Benutzung eintreten würde, und diese Frage war zu bejahen. Das OVG. hat ferner in ständiger Rspr. entschieden, daß die ganze Fläche zwischen Straßen- und Baufluchtlinie rechtlich den Vorgarten darstellt (Urt. v. 9. Jan. 1914: OVG. 67, 420/22) und daß Vorgärten in ihrer ganzen Ausdehnung also einschließlich der Zugangswege nur mit besonderer ausnahmsweiser Genehmigung vorübergehend zu anderen Zwecken als zur Einrichtung von Ziergärten und für bestimmte Nutzungszwecke, insbes. also zu gewerblichen Zwecken, wie Anbringung eines Reklameschildes, benutzt werden dürfen (Urt. v. 15. Jan. 1907: OVG. 49, 371). Kl. konnte daher auch nicht mit dem Einwande durchdringen, daß zwar die BaupolVO. die gärtnerische Ausgestaltung der Vorgärten vorsehe, ihr Schild aber außerhalb dieser Anlagen auf oder über den Zufahrtsweg und daß es mit der Baufläche des Hauses abschneidend aufgestellt werden solle. Was insonderheit den letzteren Einwand angeht, so könnte, wenn das Schild seinen Platz außerhalb der Vorgartenfläche erhielte, die Verfüg. allerdings nicht auf § 25 Ziff. 2 Abs. 2 BaupolVO. gestützt werden. Nach dem bei den Vorgängen befindl. Lageplane v. 12. April 1930 liegt aber die Baufluchtlinie hinter der Vorderfront des Wohnhauses, so daß dieses mit der Front selbst noch zwischen Bau- und Straßenfluchtlinie steht und demnach auch das mit der Baufläche des Hauses abschneidende Schild immer noch im Vorgarten stehen würde. Denn der Charakter einer Vorgartenfläche im Rechtssinne wird dadurch nicht geändert, daß ein vor Festsetzung der Fluchtlinien errichtetes Gebäude noch in den Raum zwischen Straßen- und Baufluchtlinie hineinragt.

Die Versagung der Genehmigung zur Aufstellung des Reklameschildes erwies sich hiernach auf Grund des von der Polizei angezogenen § 25 Ziff. 2 Abs. 2 BaupolVO. als gerechtfertigt. Das mußte zur Abweisung der Klage führen, ohne daß es einer weiteren Feststellung bedurfte, ob durch das Schild auch eine gröbliche Verunstaltung des Orts- oder Straßenbildes i. S. des § 1 Ges. v. 15. Juli 1907 (GS. 260) eintreten würde, was der RegPräs. angenommen hat, oder ob dadurch die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes i. S. des Art. 4 § 1 Ziff. 4 WohnungsG. v. 28. März 1918 (GS. 23) beein-

---

Zu 2. Der Entsch. ist zuzustimmen. Bereits OVG. 5, 360 und 8, 371 hat anerkannt, daß nicht nur Anordnungen über die Gestaltung der Bauwerke, sondern auch sonstige aus der Bebauung eines Grundstücks sich ergebende Maßregeln, wie die Ausgestaltung der Vorgärten, zu den Rechtsgrundsätzen der öffentlichen Gewalt gegenüber den Bauenden gehören, die das Baupolizeirecht umfaßt.

Bereits OVG. 59, 400 hatte ausgesprochen, daß die Aufstellung eines Reklameschildes verboten werden kann, wenn sie mit dem Wesen und Zweck des Vorgartens als freie Gartenanlage im Widerspruch steht. Das Urt. v. 21. Febr. 1929 (OVG. 84, 115) mag insofern Verwirrung hervorgerufen haben, als aus ihm entnommen werden könnte, daß eine die Einheitlichkeit des Straßenbildes schützende Regelung für Reklameeinrichtungen nur dann getroffen werden kann, wenn diese sich als selbständige Bauwerke darstellen oder Teile davon sind. Demgegenüber stellt die vorl. Entsch. klar, daß in der Bestimmung einer BaupolVO. „die Aufstellung von Reklameschildern in Vorgärten ist verboten" die Regelung durch BaupolVO. nicht darin begründet ist, daß es sich um ein Reklameschild handelt, sondern darin, daß dieses Schild **in einem Vorgarten** aufgestellt werden soll, so daß es nicht darauf ankommt, ob das Schild als ein Bauwerk anzusehen ist, sondern lediglich darauf, ob eine dem Charakter des Vorgartens widersprechende Benutzung durch die Aufstellung des Schildes eintreten würde. Verboten werden kann daher die Aufstellung eines Reklameschildes dann, wenn sie mit dem Wesen und Zweck des Vorgartens, als freie Gartenanlage durch Zuführung von Licht und Luft und durch Pflanzenwuchs einer Verbesserung der gesundheitlichen Verhältnisse zu dienen und eine Verunstaltung der Straße auszuschließen und insbes. mit dem Charakter des Vorgartens als einer gärtnerischen Anlage im Widerspruche steht (OVG. 59, 400). Gleichgültig aber ist es ob die Reklameeinrichtung sich als ein Bauwerk darstellt oder nicht.

Wie schon frühere Entsch. so hält auch die vorl. daran fest, daß als Vorgarten die ganze durch die Fluchtlinienfestsetzung als Vorgarten ausgewiesene Fläche zu gelten hat, und nicht etwa nur der Teil, der wirklich als Garten angelegt ist. Auch auf Zufahrtswegen kann daher die Aufstellung eines Schildes verboten werden. Insoweit bestehen gegen die Entsch. keine Bedenken. Zweifelhaft kann es jedoch sein, ob die in der Entsch. geäußerte Ansicht richtig ist, daß selbst dann ein Verbot der Reklameeinrichtung stattfinden kann, wenn diese gar nicht im Vorgarten als solchen oder auf einem Zufahrtswege aufgestellt, sondern am Hause angebracht ist, die Hausfront aber in die infolge der nach dem Hausbau erfolgten Fluchtlinienfestsetzung ausgewiesene Vorgartenfläche hineinragt. Anerkanntermaßen kann die Anbringung von Schildern am Hause selbst nicht durch PolVO. geregelt werden, die sich auf die Ausgestaltung von Vorgärten beziehen, wenn die Hausfront sich außerhalb des Vorgartens befindet. Es scheint mir mit dem Wesen und Zweck der PolVO., die derartige Regelungen treffen, nicht vereinbar, wenn diese die Anbringung von Schildern an Hausfronten bloß deshalb ergreifen sollen, weil die Hausfront sich innerhalb der nach Errichtung des Hauses ausgewiesenen Vorgartenfläche befindet. Der Streitstoff der vorl. Entsch. bot keinen Anlaß, diese Frage entscheiden zu müssen. Es ist abzuwarten, wie sich das OVG. zu der Frage stellen wird, wenn sie einmal wirklich den Streitgegenstand bildet.

RA. **Waldemar Grote**, Berlin.

trächtigt werden würde, worauf der ObPräs. seinen Bescheid abgestellt hat.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 19. Febr. 1931, IV A 33/30.)

*

3. § 3 Ziff. 1 GewStVO. **Das Halten einer Pelztierfarm ist ein gewerbesteuerpflichtiger Betrieb.**

Bei der Veranlagung des Mühlenbesitzers A. zur Gewerbesteuer nach dem Ertrage für 1928 handelt es sich nur darum, ob A. auch wegen der von ihm betriebenen Silberfuchsfarm gewerbesteuerpflichtig ist. Das OVG. bejahte diese Frage.

A. hält die Fuchsfarm für einen Nebenbetrieb der Landwirtschaft und ebensowenig für gewerbesteuerpflichtig wie die Zucht des Karakulschafs und gibt an, daß er nur wenig Futter zugekauft habe. Eventuell greift er die Höhe der Veranlagung an. Ein Gutachten der LWK. spricht sich dahin aus, daß die gewerbesteuerfreie Viehzucht keine landwirtschaftliche Viehzucht zu sein brauche, und daß der Fuchs in den Farmen „domestiziert" und damit zum Haustiere werde. Von Fuchsfarmen gelte dasselbe wie von großen Geflügelfarmen.

Einspruch und Berufung des StPfl. wurden zurückgewiesen. Der GewStBerAussch. hält eine Viehzucht nicht für vorliegend; er sieht sie auch nicht als einen Nebenbetrieb der — gar nicht betriebenen — Landwirtschaft an, vielmehr als einen selbständigen gewerblichen Betrieb (vgl. Entsch. des RFH. v. 6. März 1930: DRAnz. v. 3. Mai 1930). Den von dem StPfl. evtl. beantragten Abzug von Kosten für den Zukauf von vier Zuchtfüchsen und für die Neuanlage von zwei Gehegen hält er für unzulässig, da die Mittel dafür aus dem Gewinne entnommen seien und die Anschaffungen zur Erweiterung des Geschäfts dienten.

Gegen diese Entsch. richtet sich die RBeschw. des StPfl., die nicht begründet worden ist. Ihr war der Erfolg zu versagen.

Nach § 3 Ziff. 1 GewStVO. i. d. Fass. v. 15. März 1927 u. 13. März 1928 (GS. 21 u. 16) unterliegen Landwirtschaft und Viehzucht nicht der Gewerbesteuer. Eine Befreiung beider findet dann nicht statt, wenn Vieh gewerbsmäßig überwiegend von erkauftem Futter unterhalten wird, um es zum Verkaufe zu mästen oder mit der von ihm gewonnenen Milch zu handeln.

Nach der hierzu ergangenen Rspr. des OVG. (vgl. die Entsch. v. 11. Dez. 1928, 5. März 1929 u. 2. Dez. 1930: R.- u. PrVerwBl. 50, 274 u. 667; 52, 538) ist die Gewerbsmäßigkeit nicht schon dann gegeben, wenn Vieh überwiegend von erkauftem Futter zu dem angegebenen Zwecke unterhalten wird, sondern die Viehhaltung ist der Gewerbesteuerpflicht nur dann unterworfen, wenn außerdem noch das weitere Merkmal hinzukommt, daß sie einen gewerblichen Betrieb darstellt. Hierzu muß die Viehhaltung, losgelöst aus dem Zusammenhang eines landwirtschaftlichen Gesamtbetriebs, den ausschließlichen Sonderzweck verfolgen, Vieh zu mästen oder mit der Milch zu handeln. Eine Viehhaltung, die diesen ausschließlichen Sonderzweck nicht hat, ist also auch dann gewerbesteuerfrei, wenn sie außerhalb des Betriebs einer Landwirtschaft und gewerbsmäßig betrieben wird. Den Sonderzweck der „Mästung" verfolgt nun die Silberfuchszucht nicht, und zwar schon deshalb nicht, weil ihr nicht an der Gewinnung des für Menschen ungenießbaren, wenn auch noch so fetten Fuchswildbrets, sondern nur an der Pelzgewinnung liegt. Auch an eine Verwendung von Fuchsmilch zum Handel, die für die menschliche Nahrung jedenfalls untauglich ist, hat noch niemand gedacht. Das Aufziehen von Silberfüchsen und ähnlichen Pelzraubtieren ist daher nach preuß. Recht gewerbesteuerfrei unter der alleinigen Voraussetzung, daß man Silberfüchse und ähnliche Pelzraubtiere als „Vieh" betrachten wollte. Dieser von der LWK. allen Ernstes ausgesprochenen Ansicht vermag sich das OVG. nicht anzuschließen. Schon sprachlich ist eine solche Einordnung von Raubtieren nicht möglich. Aber auch mit dem „gesunden Menschenverstande" läßt sie sich nicht vereinigen. Zwar weist die LWK. mit Recht darauf hin, daß unsere jetzigen Haustiere aus vormals wilden Tieren hervorgegangen sind, die der Mensch im Laufe der Jahrtausende an sich herangezogen, zu einem erheblichen Grade der Zahmheit gebracht und „domestiziert", d. h. an sein Haus gewöhnt hat. Ob eine solche vielhundertjährige Behandlung des Fuchses später einmal dieselben Ergebnisse zeitigen würde, wie sie z. B. beim Hunde gewonnen sind, d. h. ihn zum Haustier machen würde, steht dahin. Jedenfalls liegt ein solches Ergebnis in einer bei der Entsch. noch nicht mitzuberücksichtigenden weiten Zukunft. Zur Zeit besteht die sog. „Domestizierung" des Fuchses darin, daß er in mehr oder weniger weit ausgedehnten Gehegen gefangen gehalten wird. Ein Haustier wird nicht gefangen gehalten. Zuweilen mag es ausbrechen, es kommt aber in der Regel wieder („consuetudo revertendi"), und wenn es ja ab und zu nach Hause geholt werden müßte, so bleibt es doch in der Regel dort. Ein gefangener Fuchs, der die Freiheit gewonnen hat, wird in der Regel nicht wieder in sein Gefängnis zurückkehren und ist nicht zurückzuholen. Weiter aber fehlt den gefangenen Pelztieren in ihrer Mehrheit durchaus das Begriffsmerkmal des Zahmseins. Aus diesen Gründen ist es auch abwegig, eine Pelztierzucht — wie geschehen — mit einer Geflügelfarm auf eine Stufe zu stellen. Mit Recht haben vielmehr der GewStAussch. und der GewStBerAussch. hier keine Viehzucht, sondern eine Tierzucht für vorliegend gehalten.

Der Senat vertritt also für die Gewerbesteuer etwa den Standpunkt, wie ihn für die Feststellung des Einheitswerts der RFH. in seiner Entsch. v. 6. März 1930, III A 113/29 eingenommen hat. Der RFH. hat sich mit den Fuchsfarmen weiter noch in einer die Aufbringungsumlage betr. Entsch. beschäftigt (RFH. 24, 187). Das Ergebnis ist das gleiche; in der Begründung ist allerdings insofern ein Unterschied vorhanden, als das IndBelastG., wie RFH. 24, 187 ausführt, die Volksernährung begünstigen wollte, während es sich nach der Begründung zum GewStG. v. 24. Juni 1891 um „volkswirtschaftliche, die Beförderung der Viehzucht, Fischzucht, des Obst- und Weinbaues bedingende Rücksichten" gehandelt hat (Fuisting Bd. 3 S. 54 ff.). Dieser Unterschied kann das OVG. jedoch nicht veranlassen, lediglich aus volkswirtschaftlichen Gründen Füchse dem Vieh zuzurechnen.

(PrOVG., 8. Sen., Entsch. v. 22. Sept. 1931, VIII GSt 497/30.)

*

4. Zuwachssteuer. **Sind nach einer ZuwStO. Aufwendungen für Bauten dem Erwerbspreise hinzuzurechnen, so ist es belanglos, ob und mit welchem Betrage die zur Sicherung des Baukredits aufgenommenen Hypotheken der Aufwertung unterlegen haben.** †)

Die Parteien streiten darüber, mit welchem Betrage die Aufwendungen dem Erwerbspreise hinzuzurechnen, die dem Kl. durch einen in den Jahren 1913/14 auf dem Grundbesitz errichteten Wohnungsbau erwachsen sind. Kl. begehrt die Anrechnung der von ihm an den Bauunternehmer W. angebl. gezahlten Summe von 12 000 GM. Dem entgegen hält der bekl. KrAussch. unter Hinweis auf die Best. der §§ 6 Nr. 2, 8 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2 Nr. ZwStO. eine Anrechnung nur insoweit für gerechtfertigt, als der Kl. die Hypotheken von 9000 ℳ und 3500 ℳ, die er zur Sicherung des zur Bestreitung der Baukosten aufgenommenen Kredits auf seinem Grundbesitz hat eintragen lassen, später aufgewertet hat.

Auf Grund der Annahme, daß der Kl. für den Hausbau Aufwendungen im Werte von 12 000 RM gemacht habe, hat der BezAussch. diesen Betrag dem Erwerbspreise hinzugerechnet und auf Freistellung von der Steuer erkannt, weil zufolge solcher Hinzurechnung ein steuerbarer Zuwachs sich nicht ergibt. Dieser Entsch. konnte wegen der unzureichenden Feststellung des steuerl. maßgebenden Aufwendungsbetrags nicht gefolgt werden.

Unbegründet und deshalb von dem BezAussch. mit Recht abgelehnt ist zunächst die Auffassung des Bekl., die Aufwendungen des Kl. könnten nur mit dem AufwBetrage der zur Sicherung des Baukredits bestellten Hypotheken zur Anrechnung kommen.

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 StO. sind dem Erwerbspreise hinzuzurechnen „die Aufwendungen für Bauten, Umbauten und sonstige dauernde Verbesserungen, auch solcher land- u. forstwirtschaftl. Art, die innerhalb des für die Steuerberechn. maßgebenden Zeitraums gemacht sind und nicht der laufenden Unterhaltung von Baulichkeiten oder der laufenden Bewirtschaftung von Grundstücken dienen, soweit die Bauten und Verbesserungen noch vorhanden sind". In Abs. 2 das. ist ferner bestimmt, daß für die Berechnung des Goldmarkwerts solcher Aufwendungen der Tag der Leistung maßgebend ist. Nach § 6 Nr. 1 Satz 2 gilt für die Zeit bis zum 31. Dez. 1918 1 PM. = 1 RM. Soweit danach die Aufwendungen des Kl. für den Hausbau vor dem 1. Jan. 1919 gemacht sind, müssen sie mit ihrem vollen Nennbetrage dem Er-

---

Zu 4. Dem Leitsatz der obigen Entsch. ist durchaus beizutreten: Der Steuerpflichtige kann danach für Verbesserungen des Grundstücks zum Erwerbspreis den Goldmarkwert hinzurechnen, den die von ihm für die Verbesserungen geleisteten Zahlungen am Zahlungstage besaßen. Dagegen ist es gleichgültig, wie er sich die für die Zahlungen notwendigen Mittel beschafft, und was er für die Beschaffung aufgewendet hat, insbes. inwieweit ein von ihm zur Deckung der anrechnungsfähigen Baukosten aufgenommener Kredit aufgewertet werden mußte. Dürfte der StPfl., falls er zur Finanzierung der von ihm vorgenommenen Grundstücksverbesserungen ein Darlehen aufgenommen und es in entwertetem Geld zurückgezahlt hat, nur den Goldmarkwert dieser Rückzahlung zum Erwerbspreis hinzurechnen, so müßte man ihm andererseits folgerichtig gestatten, in einem Falle, in dem er sich die nötigen Mittel durch den Verkauf von Effekten beschafft hat, auch einen beim Verkauf dieser Effekten erlittenen Verlust den Aufwendungen hinzuzuschlagen, was sicherlich zu weit führen würde (Lion, RZuwStG. Anm. 1 zu § 14). Man gelangt nur dann zu einem befriedigenden Ergebnis, wenn man mittelbare wirtschaftl. Maßnahmen zur Ermöglichung der Aufwendungen unberücksichtigt läßt.

RA. Dr. Meinhold Nußbaum, Nürnberg.

werbspreise hinzugerechnet werden. Wie der Kl. die Mittel zur Bestreitung der Baukosten sich beschafft hat, ist unerheblich; ausschlaggebend für die Hinzurechnung ist nach der StO. allein die Tatsache, daß der Kl. Aufwendungen der in § 8 Abs. 1 Nr. 2 bezeichn. Art für den Hausbau gemacht hat (vgl. Pape in Koppes Jahrb. d. Steuerr. 1. Jahrg. S. 229). Hieraus folgt, daß es entgegen der Auffassung des Bekl. auch völlig belanglos ist, mit welchem Betrage der Kl. später zufolge der AufwGesetzgebung die zur Sicherung des Kredits aufgenommenen Hypotheken hat aufwerten müssen.

(PrOVG., 7. Sen., Urt. v. 29. Mai 1931, VII C 148/30.)

Hamburg.

Hamburgisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von Landgerichtsdirektor Dr. Krüß, Hamburg.

1. Wertzuwachssteuer bei Enteignung.

Das Grundstück des Kl. ist enteignet worden. Die Bürgerschaft hat die Enteignung am 20. Sept. 1922 beschlossen. Im Entschädigungsverfahren hat man sich am 6. Jan. 1928 verglichen. Die Finanzdeputation (Verkl.) hat das WZuwStG. v. 27. Juni 1927 angewendet. Der Kl. hat Anfechtungsklage erhoben. Anwendbar sei das WZuwStG. v. 12. Okt. 1908, 18. Febr. 1910, 20. Juli 1921, nach dem wegen alten Familienbesitzes Wertzuwachssteuer nicht zu erheben sei. HambVG. hat die Klage abgewiesen, HambOVG. die Berufung zurückgewiesen.

Die Frage, ob der Kl. wertzuwachssteuerpflichtig ist, hängt allein von der Entsch. ab, wann der Veräußerungsfall eingetreten ist.

Als Veräußerungsfall gilt nach § 2 Nr. 7 WZuwStG. die rechtskräftige Entsch. über die Abtretung eines Grundstücks im Enteignungsverfahren.

Dafür, daß diese rechtskräftige Entsch. der Bürgerschaftsbeschluß sei, beruft sich die Klage auf § 15 EnteigG., wonach über die Pflicht zur Abtretung endgültig entschieden ist, wenn durch Bürgerschaftsbeschluß ausgesprochen ist, daß ein Grundstück ganz oder teilweise abzutreten sei.

Doch erhellt bei näherer Betrachtung die Unrichtigkeit dieses Standpunkts. Daß zunächst rein rechtlich die Entsch. über die Pflicht zur Abtretung der Entsch. über die Abtretung nicht gleichgestellt werden kann, bedarf keiner näheren Ausführung. Hinzu kommt, daß im Aufbau des EnteigG. der Beschluß der Bürgerschaft nichts anderes und nichts mehr bedeutet, als daß das EnteigG. zugunsten einer bestimmten Anlage in Anwendung zu bringen ist (§ 2 EnteigG.); er ist also die Verleihung des Enteignungsrechts, verpflichtet den beliehenen Unternehmer aber nicht zur Durchführung der Enteignung, berechtigt die betroffenen Grundeigentümer nicht zur Forderung nach Durchführung der Enteignung (Wulff, HambG., 3. Aufl., 2, 638), und seine Kraft erlischt, wenn nicht innerhalb von acht Monaten mit seiner Durchführung begonnen wird (§ 13 EnteigG.).

Deshalb ist es nicht möglich, die Verleihung des Enteignungsrechts und (d. h. vom Gesichtspunkt des zu Enteignenden aus) die Begründung der Pflicht zur Abtretung von Grundeigentum als rechtskräftige Entsch. über solche Abtretung anzusehen. Es ist auch zu bedenken, daß die Entsch. über die Abtretungspflicht um deswillen keineswegs eine Entsch. über die Abtretung sein kann, weil es dem Abtretungsverpflichteten auch nach Erlaß des Bürgerschaftsbeschlusses noch freisteht, die Übernahme auch des durch die Abtretungsverpflichtung nicht betroffenen Grundstücksteils vom Enteigner zu verlangen (§§ 5, 20 EnteigG.). Welche Gegenstände abzutreten und zu übernehmen sind, entscheidet darum — wie das Gesetz ausdrücklich betont (§ 27 EnteigG.) — endgültig erst die von der Schätzungskommission abzugebende Endentscheidung bzw. bei Klagerhebung das Urteil der ordentlichen Gerichte.

Diese Endentscheidung, die nach § 27 EnteigG. alle bei der in Frage stehenden Enteignung zu erledigenden Verhältnisse und Ansprüche umfaßt, enthält gleichzeitig den Ausspruch über die Entschädigung. Und gerade daran wird es besonders klar, daß nur sie mit der rechtskräftigen Entsch. über die Abtretung des Grundstücks i. S. des § 2 Ziff. 7 WZuwStG. gemeint sein kann.

Denn das WZuwStG. stellt auf die Veräußerung, genauer auf den Unterschied zwischen Erwerbs- und Veräußerungspreis ab, behandelt demnach die Enteignung als Veräußerung, d. h. unter dem Gesichtspunkt der — an sich überholten — Zwangskauftheorie. Wie die Verpflichtung zum Abschluß eines Kaufvertrages noch nicht der Kaufvertrag ist, dieser vielmehr erst mit der Einigung über Sache und Preis zustande kommt, so vollendet sich die Abtretung des Enteignungsverfahrens erst in der Feststellung der Entschädigung. Nach eingetretener Rechtskraft dieser die Entschädigung mitenthaltenen Endentscheidung kann der Enteigner Zug um Zug gegen Zahlung der Entschädigung Zuschreibung des Grundstücks verlangen (§ 30 EnteigG.).

Als rechtskräftige Entsch. i. S. von § 2 Ziff. 7 WZuwStG. ist somit der rechtskräftige Spruch der Schätzungskommission bzw. der ordentlichen Gerichte anzusehen (ebenso Wulff a. a. O. 1, 107; für Preußen Eger, EnteigG., 3. Aufl., 1, 215).

Dem rechtskräftigen Spruch den vor der Schätzungskommission oder den ordentlichen Gerichten geschlossenen Vergleich gleichzustellen, besteht kein rechtliches Bedenken und entspricht der Auffassung des Gesetzes (vgl. § 32 EnteigG.).

(HambOVG., Urt. v. 29. Jan. 1930, AZ 109/29.)

---

2. Sonstige Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

Preußen.

Auflösungsamt für Familiengüter Stettin.

1. § 213 ZwAuflG.; §§ 1103, 96, 1094 BGB. Prozessuale Bedeutung der Entscheidung des Auflösungsamts in einem fideikommißrechtlichen Zwischenstreit nach § 212 ZwAuflG. Zugehörigkeit eines für den jeweiligen Eigentümer der Fideikommißbegüterung eingetragenen Vorkaufsrechts zum Fideikommißvermögen. Ausübung eines solchen Rechts durch den Fideikommißbesitzer auch für sein Allodvermögen. Relative Unwirksamkeit von unbefugten Verfügungen des Fideikommißbesitzers. †)

Zwischen den Parteien schwebt beim KG. ein Rechtsstreit, in welchem die Kl. vom Bekl. die Übereignung gewisser Waldflächen fordert. Sie leitet ihren Anspruch von der verstorbenen Fideikommißbesitzerin M. F. zu P. her, welche ihr denselben abgetreten hat. In der Abtretungsurkunde v. 9. Jan. 1922 erklärt die Fideikommißbesitzerin, daß sie den Anspruch auf Übereignung durch Eintritt in den vom Bekl. mit einem gewissen M. geschlossenen Kaufvertrag v. 13. Dez. 1921 durch Ausübung des auf den fraglichen Flächen zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Fideikommißbegüterung eingetragenen Vorkaufsrechts erworben habe. Der Bekl. hält sich zur Übereignung nicht für verpflichtet, indem er unter anderm die Gültigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts, hilfsweise die Gültigkeit der Abtretung, bestreitet, und zwar aus fideikommißrechtlichen Gründen. Das KG. hat den Rechtsstreit bis zur Entsch. des Auflösungsamts über die fideikommißrechtlichen Streitpunkte ausgesetzt.

Im Laufe des Rechtsstreits hat der Präs. des Auflösungsamts auf Antrag der heutigen Fideikommißbesitzerin die sämtlichen vorerwähnten Rechtshandlungen der Fideikommißbesitzerin M. F. zu P. gem. § 103 ZwAuflG. v. 22. April 1930 (GS. 136) genehmigt. Dieser Beschluß ist rechtskräftig. —

In rechtlicher Beziehung ist vorweg zu bemerken: Das Auflösungsamt wird in der vorliegenden Sache als eine mit richterlichen Eigenschaften und Befugnissen ausgestattete Verwaltungsbehörde i. S. des § 13 GVG. tätig. Sein Spruch ist kein bloßes Gutachten, sondern eine der Rechtskraft fähige, für die ordentlichen Gerichte bindende Entsch. (§ 213 ZwAuflG.). Zu entscheiden ist über die fideikommißrechtlichen Streitpunkte, wegen welcher das KG. den Rechtsstreit ausgesetzt hat. Unter solchen Streitpunkten sind nicht einzelne Rechtsfragen zu verstehen, sondern der Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen. Dieser Streit ist erschöpfend zu entscheiden, auch soweit dabei Untersuchungen anzustellen sind, die dem allgemeinen bürgerlichen Recht angehören (§ 212 ZwAuflG., Beschl. des LAFamG. v. 9. Aug. 1923: Kübler-Beutner, „Die Auflösung der Familiengüter in Preußen", S. 299).

Was zunächst die Frage der Fideikommißzugehörigkeit des Vor-

Zu 1. Die „vorerwähnten" Rechtshandlungen der Fideikommißbesitzerin, die der Präs. des Auflösungsamtes auf ihren Antrag genehmigt hatte, waren a) die Ausübung des Vorkaufsrechtes auf die im Tatbestand erwähnten Waldflächen, b) der am 9. Jan. 1922 erfolgte Verkauf der Waldflächen an die Kl. (eine Landgemeinde).

Nachdem das Auflösungsamt die Rechtshandlungen zu a) genehmigt hatte, was erst im Laufe des Rechtsstreites geschehen war, stand fest, daß das Fideikommiß die streitigen Flächen rechtswirksam erworben hatte. Trotzdem leugnete der Bekl., daß das Vorkaufsrecht zum Fideikommißvermögen gehört, daß die Fideikommißbesitzerin durch die Ausübung des Vorkaufsrechts die Rechte des Käufers erworben habe und daß diese Rechte durch den von ihr mit der Kl. am selben Tage (9. Jan. 1922) geschlossenen Vertrag aus dem Fideikommißvermögen ausgeschieden seien. Zur Entsch. dieser Fragen hatte das Prozeß-Ger. den Rechtsstreit ausgesetzt, und das Auflösungsamt hatte sie durchweg i. S. der Kl. beantwortet, was für den Kenner der Materie nach Lage der Sache kaum zweifelhaft sein konnte. Das Fideikommißvermögen ist eine selbständige Vermögenseinheit, der Fideikommißbesitzer beherrscht zwei dauernd getrennte Vermögensmassen, die rechtlich durchaus verschiedene Schicksale haben können. Das ist schon seit geraumer Zeit so gut wie unbestrittene Rechtsmeinung und neuerdings auch vom RG. in dieser Weise anerkannt (RG. 132, 355 = JW. 1931, 3427[2] und dazu die ausführliche Anm. von Kübler daselbst). Die

kaufsrechts anlangt, so ist dies Recht für den jeweiligen Eigentümer der Fideikommißbegüterung begründet worden. Es handelt sich daher um ein Vorkaufsrecht, das „zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks“ bestellt (§ 1094 Abs. 2 BGB.), also mit dem Eigentum an dem herrschenden Grundstück verbunden war und als Bestandteil desselben zu gelten hatte (§ 96 BGB.). Da das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht nicht von dem Eigentum an dem herrschenden Grundstück getrennt werden kann (§ 1103 BGB.), ist es als ein wesentlicher Bestandteil desselben anzusprechen (vgl. RG. 93, 73). Wesentliche Bestandteile können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (§ 93 BGB.). Das Vorkaufsrecht gehörte also notwendig, wie die Grundstücke, mit denen es verbunden war, zum Fideikommißvermögen, ohne daß es darauf ankommt, ob es aus Fideikommißmitteln erworben ist, oder ob der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet war, das Recht gerade und ausschließlich für das Fideikommißvermögen zu begründen.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts stand dem Eigentümer der Fideikommißbegüterung zu. Eigentümer der zu einem Fideikommiß geformten Gegenstände ist, wie in Wissenschaft und Rspr. anerkannt ist, der Fideikommißbesitzer (vgl. die Übersicht bei Seelmann-Eggebert, FamiliengüterG., S. 63; RG. 61, 33). Die Fideikommißbesitzerin M. F. zu P. war also zur Ausübung des Vorkaufsrechts legitimiert.

Sie hat das Vorkaufsrecht für das Fideikommißvermögen ausgeübt. (Folgt Tatsachen-Würdigung.)

Sollte im Gegensatz hierzu angenommen werden müssen, daß sie das Vorkaufsrecht für ihr Allodvermögen ausüben durfte und ausgeübt hat, so würden gegen die Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit der späteren Abtretung der dadurch erworbenen Käuferrechte fideikommißrechtliche Bedenken nicht in Frage kommen. Solche Bedenken sind aber auch dann nicht begründet, wenn man von der hier vertretenen Auffassung ausgeht, daß die Ausübung des Vorkaufsrechts für das Fideikommißvermögen erfolgt ist. Allerdings liegt es in der Natur des Vorkaufsrechts, daß seine Ausübung nicht nur vermögensrechtliche Vorteile mit sich bringt, sondern für den Ausübenden auch Pflichten erzeugt. Denn mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Best. zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (§ 505 BGB.). Die Fideikommißbesitzerin schloß also durch Ausübung des Vorkaufsrechts für das Fideikommißvermögen einen Kaufvertrag mit dem Bekl. ab; sie wünschte das Fideikommißvermögen nach Maßgabe des Kaufvertrages zu verpflichten. Da der Vertrag nicht zu denjenigen Rechtsgeschäften gehörte, welche ein Fideikommißbesitzer selbständig zu Lasten des Fideikommißvermögens abzuschließen befugt ist, insbes. nicht zu denjenigen Rechtsgeschäften, welche der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft für gewöhnlich mit sich bringt (§ 6 ZwAuflVO. v. 19. Nov. 1920, GS. 463), so war er zunächst der Familie gegenüber unwirksam. Um ihr gegenüber wirksam zu werden, mußte er die Zustimmung der Familie (durch Familienschluß oder nach § 8 Abs. 2 Ziff. 2 FamGG.) erhalten oder vom Auflösungsamt genehmigt werden (§ 103 ZwAuflG.). Daraus folgt aber nicht etwa, daß vor dem Vorliegen dieser Erfordernisse der zwischen der Fideikommißbesitzerin und dem Bekl. durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommene Kaufvertrag schlechthin nichtig gewesen, daß also kein Kaufvertrag zustande gekommen wäre. Vielmehr war ein zwar „unfertiger“, aber „der Vervollkommnung fähiger Tatbestand“ geschaffen. Die beteiligten Vertragsparteien waren „an ihre rechtsgeschäftlichen Erklärungen gebunden, bis der eingetretene Schwebezustand seine gesetzmäßige Lösung fand“, nämlich die erforderliche Zustimmung der Familie oder die Genehmigung des Auflösungsamts erteilt oder endgültig abgelehnt wurde (vgl. Besondere Begründung zum Entw. eines Ges. über Fideikommisse; Anlagen zu den StenBer. über die Verhandlungen des Herrenhauses 1914/15, Aktenstück 5 C, S. 91). Fiel die Entsch. der Familie und des Auflösungsamts ablehnend aus, so wurde damit der Vertrag als von Anfang an der Familie gegenüber unwirksam festgestellt. Ob in diesem Falle der Vertrag wenigstens für das Allodvermögen verbindlich blieb, braucht hier nicht entschieden zu werden, da die Genehmigung des Auflösungsamts nachträglich erteilt worden ist, und zwar mit rückwirkender Kraft (Besondere Begründung S. 91, RGRKomm. zum BGB. Anm. 1 zu § 182). Sollte diese Frage für die Entsch. des KG. von Bedeutung sein, so darf bemerkt werden: Für die Entsch. wird es wesentlich auf die Auslegung des Willens der Fideikommißbesitzerin bei Ausübung des Vorkaufsrechts ankommen, nämlich darauf, ob sie neben dem Fideikommißvermögen gleichzeitig oder hilfsweise ihr Allodvermögen berechtigen und verpflichten wollte. Daß das möglich und zulässig ist, darüber bestehen keine Zweifel (vgl. Seelmann-Eggebert, Anm. 1 u. 2 zu § 13 FamGG.; Besondere Begründung S. 90). Die Auslegung des Willens der Fideikommißbesitzerin richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts. Das ProzeßGer. wird daher nötigenfalls diese Frage ohne nochmalige Einholung einer Vorentsch. des Auflösungsamts entscheiden können.

Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts seitens der Fideikommißbesitzerin M. F. zu P. entstanden für das Fideikommißvermögen schon vor der Genehmigung des Auflösungsamts Rechte. Diese Rechte hat die Fideikommißbesitzerin durch den Vertrag v. 9. Jan. 1922 an die Kl. abgetreten. Sie hat damit wiederum ein Rechtsgeschäft vorgenommen, welches wegen des zugunsten der Familie bestehenden Veräußerungsverbots dieser gegenüber zunächst unwirksam war. Der Eigenart und der rechtlichen Natur dieses Veräußerungsverbots entspricht es, daß es nur von den Mitgliedern der fideikommißberechtigten Familie geltend gemacht werden kann. Sie haben ein Zurückforderungsrecht (Revokationsklage). Ein außerhalb der Familie Stehender kann sich auf das Bestehen des Veräußerungsverbots aber nicht berufen. Der Bekl. erhebt also insoweit eine Einwendung aus dem Rechte Dritter und kann damit nicht gehört werden (vgl. Allgem. Begründung zum Entw. eines Ges. über Familienfideikommisse; Anlagen zu den StenBer. über die Verhandlungen des Herrenhauses 1914/15, Aktenstück Nr. 5 B, S. 58; Beseler, Deutsches Privatrecht, § 176 VII; Dernburg, Preußische Privatrechte, § 378). Durch den genehmigenden Beschl. des Auflösungsamts ist die Veräußerung der durch Vertrag v. 9. Jan. 1922 an die Kl. abgetretenen Rechte auch der fideikommißberechtigten Familie gegenüber von Anfang an wirksam geworden.

(AuflAFamG. Stettin, Beschl. v. 25. Sept. 1931, II P 10c/18.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Mielke, Stettin.

Berichtigung.

Staatsanwalt Dr. Liebers: Wie kann der Kraftfahrer Unfälle verhüten? Plauen. Verlag für Sport, Technik u. Verkehr. Der Preis des Buches ist nicht 2 ℳ, sondern 3 ℳ. D. S.

Fideikommißbesitzerin konnte also das Vorkaufsrecht an sich selbst abtreten, und zwar aus ihrem Allod- in ihren Fideikommißbesitz und umgekehrt (Seelmann-Eggebert, FamGG., 1931, Anm. 28 zu § 1). Daher konnte es (was sich ohne genaue Kenntnis des Prozesses nicht mit Sicherheit sagen läßt) von Bedeutung sein, ob das Vorkaufsrecht zum Allod oder zum Fideikommiß gehörte. Die einschlägigen materiellen Rechtsfragen hat das Auflösungsamt durchweg zutreffend beantwortet. Auch gegen die Annahme, daß eine genehmigungsbedürftige Rechtshandlung des Fideikommißbesitzers einen Schwebezustand schafft, der nach dem Vorgange der §§ 182 ff. BGB. beendet wird, ist nichts einzuwenden.

Wesentlich interessanter sind die prozessualen Teile der Entsch. Nach § 212 ZwAuflG. v. 22. April 1930 (in der Neufassung vom 28. Juni 1930 Nr. 21, S. 136 ff.) hat das ordentliche Gericht den Rechtsstreit bis zur Entsch. über fideikommißrechtliche Streitpunkte auszusetzen, wenn von ihnen die Entsch. abhängt. Der dann ergehende Spruch (ein Beschl., da nicht auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen § 224 Abs. 2 a. a. O.) des Auflösungsamtes ist selbstverständlich kein bloßes Gutachten, denn gem. § 215 a. a. O. finden auf das Verfahren wesentliche Best. des RG. und PrFGG. Anwendung, und die Entsch. sind der Rechtskraft fähig, wie ja auch sonst die Verwaltungsgerichtsbarkeit zur „Gerichtsbarkeit“ zu rechnen ist. (Rosenberg, Lehrb. d. Dtsch. Ziv. Proz., 2. Aufl., S. 20.) Der Beschl. des Landesamts für Familiengüter bei Kübler-Beutner, S. 299, ist aber (ganz abgesehen davon, daß dieser Beschl. unter dem bis zum 1. Okt. 1930 in Geltung gewesenen Recht ergangen ist) irrig zitiert, denn er bezieht sich gerade auf den gegenüber dem vorliegenden umgekehrten Fall, daß das Auflösungsamt in einem bei ihm anhängigen Streit auch Rechtsfragen allgemeiner Art zu entscheiden befugt ist. Die zutreffend in der Entsch. angewendeten Grundsätze hat das Landesamt vielmehr in den Beschl. v. 22. Sept. 1924 und 30. Mai 1922 entwickelt (Kübler-Beutner, S. 297 u. 298). Schon nach dem damals geltenden Recht waren die ordentlichen Gerichte an die Entsch. der Auflösungsbehörden über das Bestehen des fideikommissarischen Rechtsverhältnisses und die damit zusammenhängenden Vorfragen gebunden. Die Entsch. wirkten also auch gegen die außerhalb der Familie stehenden Beteiligten. Das Recht der Landesgesetzgebung zum Erlaß solcher Vorschr. leitet sich aus den Art. 57—59 EGBGB. her, und daraus i. Verb. m. § 13 GVG. wird auch mit Recht (Rosenberg, a. a. O., S. 21, 23 u. 42) die Befugnis zu einem so bedeutsamen Eingriff in das Reichszivilprozeßrecht hergeleitet, wie ihn die Mußvorschr. der Verpflichtung der ProzeßGer. zur Aussetzung des Rechtsstreits und der Bindung an die Entsch. des Auflösungsamts darstellen.

RA. Dr. Eugen Friedlaender, Berlin.

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Lützow 6363.)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.